This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at http://books.google.com/

Digitized by Google

FROM THE LIBRARY OF
Professor Karl Heinrich Rau
OF THE UNIVERSITY OF HEIDELBERG
PRESENTED TO THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
BY
Mr. Philo Parsons
OF DETROIT
1871

Digitized by Google

350.8 P

PARSONS LIBRARY.

Pamphlets Legal v.9. 350.8 P

Beckendorff. Dies interpellat pro homine
2. Denkschrift zu Sachen des M.Richard-Janillon...
t3. Freytag. Dissertatio inaugura,is. 1840
4.Holtzmann.Ueber das Verhaeltniss der Malberger Glosse zum text Lex Salica
5.Kortuem. De Societatis Atticae origine..
6. Held. Ueber legitimitaet..
7.Rauter. Jus Romanum.
8.Renaud De originibus juris civilis franco-Gallici
9.Roeder. Ueb.d.nothwendige Rueckwirkung,der einfuehrung..
10.Rosshirt.De juris collectionibus..
11. " De studiis juris civilis et canonici in Germaniae Univer.
12.Sammlung,der Gesetze u.Verordnungen
13 Urkundliche darlegung d.besonderen Successionsrechts..
14. Schulze Das recht der Erbfolge in d.Sinzendorf-Reussischen Fideicomm.herrschaften Haggenberg
15. Sers. Droit civil Francais.
16. Thibaut. De Fideiussore ob creditores..
17. Vangerow. De furto concepto ex lege XII tabularum
18.WEISMANN De divisoribus et sequestribus ambitus ..
19. WENIG-Ingenheim. De impensis earumque restitutione
20. Woringen Fragmentarische Betrachtungen ueb.die Einfuehrung der Schwurgerische

Digitized by Google

Digitized by Google

350.8 P

Digitized by Google

DIES INTERPELLAT PRO HOMINE.

PARSONS LIBRARY
University of
MICHIGAN

DISSERTATIO INAUGURALIS

QUAM

PRO SUMMIS IN UTROQUE JURE HONORIBUS CAPESSENDIS

SCRIPSIT

FRIDERICUS GUILIELMUS BECKENDORFF.

HAMBURGENSIS.

HEIDELBERGAE,

TYPIS REICHARDIANIS.

MDCCCXXXV.

Digitized by Google

Digitized by Google

VIRO

CLARISSIMO ATQUE ILLUSTRISSIMO

CAROLO SALAMONI ZACHARIAE.

J. U. DRI.

IN ACADEMIA HEIDELBERGENSI ANTECESSORI MAGNO DUCI BADARUM A CONSILIIS INTIMIS ORDINIS, QUI A LEONE ZARINGICO NOMEN HABET, EQUITI 2dae CLASSIS

PRAECEPTORI CARISSIMO DILECTISSIMO

D. D. D.

AUCTOR.

Digitized by Google

Digitized by Google

Inde a glossatorum usque ad nostra tempora viri docti de regula juris quam vocant „dies interpellat pro homine“ id est die certo ad praestandum fixo, et legales et conventionales morae effectus, praestandis certo die non praestitis, sine interpellatione locum habere, dissenserunt [1]. Novissimis temporibus praxin, quae illam regulam probavit, aggressi sunt Neustetel [2] et Schroeter [3], quibus inter alios acriter repugnavit Thibaut [4], quem denuo refutare tentavit, Schroeter [5]. Omnia, quae contra regulam afferri possent, quum a Schroetero prolata et collecta esse videantur, omissis iis, quae jam ab aliis satis docte scripta sunt, hujus tantum sententiam refellendi periculum faciam.

Schroeteri argumenta sunt haec:

I. Multis juris civilis legibus absolute regula, debitoris moram interpellatione tantum existere, contenta est.

l. 36. §. 3. D. de legat. I. (30).
l. 23. 24. 49. §. 3. D. de V. O. (45, 1).
l. 2. D. de naut. foen. (22, 2.)
l. 23. D. de O. et A. (44, 7).
l. 24. §. 2. l. 32. pr. §. 1. D. de usur. (22, 1).
l. 24. D. quando dies leg. (36, 2).

Causa interpellationis in ipsa morae natura quaerenda, quae sensu stricto, quo legales effectus habeat, in culposa solum praestationis prolatione reperiatur. Debitoris autem culpa non nisi creditoris interpellatione locum habet. Nam debitor ultro solvat, non necesse est, et si ante creditoris interpellatio-

1) *cf.* ea, quae Schroeterus (*Linde Ztschr.* IV. pag. 100—128) egregie scripsit.

2) *Arch. f. civ. Pr.* V. Nr. 8.

3) *Linde Ztschr.* IV. Nr. 5.

4) *Arch. f. civ. Pr.* VI. Nr. 2. XVI. Nr. 7.

5) *Linde Ztschr.* VII. Nr. 3. Lotzii dissertationem (Wirceb. 1825) et Ratjenii (Kiliae 1824) legendi copiam non habui.

Digitized by Google

uem non solverit, in culpa, quamvis solvendi tempus affuerit, non versatur. Cujus quidem probatio in eo vertitur, ut, ubi mora ex re adest, debitor contra regulam ex speciali causa ultro solvere debeat

l. 53. pr. D. de fid. lib. (40, 5).

Omissa interpellatio tacita solutionis prolongatione nititur, usque ad posteriorem interpellationem. Antea facta omni, et praesentis et futuri temporis ratione ducta, caret effectu, teste PAULLO in

l. 49. §. 3. de V. O. (45, 1)[6].

Contra haec viri docti argumenta posse quaedam moneri mihi videntur.

Regula, debitoris moram interpellatione tantum existere, quin absoluta sit, in dubitationem traxerim. Nusquam in Corpore Juris mora ex re singulare quid affertur, sed duo morae genera sunt, quam sententiam probat

l. 32. pr. D. de usur. (22, 1).

Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus opportuno loco non solverit, quod apud judicem examinabitur.

Aliis verbis Marcianus rem ita exponere voluit: habemus moram ex re et ex persona, hanc enim quum interpellatus non solvat, illam quum interpellationi locus non sit. In morae porro natura debitoris culpa inesse non videtur, quin potius nullam jure consulti Romani culpam poscunt. Ita POMPONIUS

l. 3. §. 4. de act. emp. et vend. (19, 1).

— — mora autem videtur esse, si nulla difficultas venditorem impediat, quominus traderet, praesertim si omni tempore paratus fuit tradere,

et VENULEJUS

l. 137. §. 4. de V. O. (45, 1).

Mora igitur et debitoris et creditoris jam apparet, quum per eum et non per alterum stat, quominus certo tempore vel praestetur vel accipiatur.

l. 5. D. de reb. cred. (12, 1).

l. 21. §. 3. D. de act. e. et v. (19, 1).

l. 114. D. de V. O. (45, 1).

6) *SCHROETER (LINDE Ztschr.* l. c.) pag. 130—136.

Quam ob rem, si debitor non solverit, culpa adsit non necesse est, interpellatusne sit nec ne: de mora, non de culpa agitur. Schroeterus quidem monet, morae initium in iis speciebus, ubi mora ex re sit, inde oriri, quod debitor ex speciali causa ultro solvere debeat; sed non probavit vir doctus. Debitorem ante creditoris interpellationem nusquam in culpa versari posse, ita perspicuum est, ut demonstratione egeat nulla; neque interpellatum ea teneri

l. 49. §. 3. de V. O. (45, 1)

claris verbis „non videtur per eum stetisse" continet [7]. Omnia igitur, quae vir doctus ad confirmandam debitoris culpam attulit, huc non pertinent, quia leges omnio eam non postulant. Jam vero ipsa interpellationis natura hoc desiderat; ex. gr. Maevius Titio centum dare promittit. Titius interpellat Maevium; hic solvere non potest, quia centum, quae Gajus promiserat, non accepit. Quid igitur? Per Maevium stetit, quo minus Titio centum daret; illum in culpa non fuisse, nemo negabit. Non aliter res sese habet, si Maevius Titio Kalendis Majis centum dare ita promisit, ut, si non solverit, sine interpellatione in mora versaretur [8].

II. His expositis ad graviora, quae Schroeterus profert, accedo.

Quaestioni, an dies obligationi adjectus — dies certus — efficiat, ut debitor ultra solvat nec ne? ita respondet. Obligatio pura eo tempore, quo contrahitur, solvenda est. Dies adjectus solutionem usque ad tempus exactum differt, quam ob rem in debitoris gratiam additur [9]. Significationes, quae diem necessario non sequuntur, sunt aestimatio, lex commissoria, poena conventionalis, de quibus postea fusius dicitur. Sententiae, quam amplectuntur, qui peracto die debitorem in mora versari, diem pro homine interpellare, censeant, multa generalia obstant. 1) Natura diei juridica. Hic obligationem in diei lapsum differt, et nihil aliud efficit, quam ut die finito obligatio in puram permutetur. In qua quum sola interpellatione mora nascatur, idem de illa dicendum. Temere alii contendunt: certo diei interpellationem anticipatam adhaerere; diem

7) Legem citatam, habita ratione verborum antecedentium, infra accuratius examinabo.

8) Ne quaestionem, de qua agitur, anticipasse videar, hoc exemplo usus sum.

9) L. 17. D. de R. J. (50. 17.) l. 41. §. 1. D. de V. O. (45, 1.)

adjectum significare, debitorem hoc die solvere, eoque ultro promissi fidem praestare debere; debitorem die adjecto, quo tempore solvat, certiorem fieri; die i adjecti unum esse finem, ut creditor molesta interpellatione liberetur. — Mora certo die elapso sine interpellatione cogitari nequit. Culposa tantum solvendae solutionis prolatio mora est. Debitoris culpa inde oritur, quod ad solutionem provocatus nihil, quo sese excusare possit, habeat. Sed nec dies adjectus nec prolapsus hanc provocationem continet. — Dies in debitoris gratiam adjicitur; debitor eo, ut interpellatione liberetur, pro se uti non potest. — 2) Leges, quae de juridica certi diei natura agunt, eo nil aliud effici affirmant, quam ut solutio proferatur; creditorem praeterito tantum die petere posse, praescribunt; ubi dies non adjicitur, ne minimo quidem temporis spatio interjecto. — 3) Leges, in quibus de morae origine disseritur, unam tantum rationem afferunt: interpellationem, nullo purarum obligationum earumque, quibus dies adjectus est, discrimine facto [10]. — 4) Nulla lex est, qua dies certus sine interpellatione moram efficere legitur [11].

Contra haec viri docti argumenta moneo haec:

Recte jure consulti Romani diei adjectionem pro reo esse, non pro stipulatore, scribunt. Nam quum in obligationibus sine die adjecto creditor statim debitorem petere possit, secundum regulam, „quod sine die debetur, statim debetur"

l. 21. pr. D. quando dies leg. (36, 2.)
l. 41. §. 1. D. de V. O. (45, 1.)
l. 14. D. de R. J. (50, 17.)

promissoris gratia in stipulationibus tempus adjicitur. At quonam consilio jure consulti Romani ita scripserunt? Hoc accuratius videamus. Quaevis obligatio, cui dies non adjicitur, debitorem vexat, quia creditor quolibet tempore eum, ut promissi fidem praestet, interpellare potest. Quod ne fiat, debitor certo tempore pollicetur, et eo quidem sensu, ne nimis a creditore urgeatur et quo

10) l. 32. D. de usur. (22, 1.)
11) l. c. pag. 136—150.

Digitized by Google

tempore creditori satisfaciat, ignoret. Ubi pure quis stipulatus est, creditoris gratia factum esse videtur, quam ob rem in hoc casu debitorem interpellare debet, ut eum in moram adducat. Contra ubi in diem quis stipulatur, debitoris gratia fit, et in hoc casu dies adjectus pro homine interpellat; aliter enim debitor commodum, quod sibi pacisci voluit, non adipiscebatur, quia creditor, si pure stipulatus fuerit, statim petere potuerat, debitoris quidem gratia diem adjecit, eo tamen consilio, ut eo die, quo debitor solvere debet, non ipse, sed dies pro se interpellet. Hoc modo et creditoris et debitoris commoda et incommoda exaequata videntur. Accurate et distincte jure consulti Romani hoc non exposuerunt, at pro ingenio suo ita argumentati sunt, quamvis non expressis verbis enuntient. Elapso igitur die, quo quis solvere promisit, sine interpellatione in mora versatur.

Natura diei juridica, ut Schroeterus vult, non repugnat. Dies obligationem usque ad diem finitum differt, quo finito obligatio pura fit, non tamen ita, ut creditor interpellare debeat, sed ut dies, quo non adjecto debitorem quolibet tempore petere potuisset, pro se interpellet. Quid? Nonne stipulator, si ad diem certum interpellatio insuper accedere deberet, pure stipulatus esset, ut statim reum peteret? Idem de obligatione pura et de ea, cui dies adjectus sit, valeret? Falsi quidem sunt, qui diei adjectionem anticipatam interpellationem esse contendant. Haec enim nullum habet effectum, ut recte Schroeterus monet. Si vero Schroeterus eos, qui diem adjectum, reum hoc die solvere eoque ultro creditori satisfacere debere, significare affirment, vere loqui negat: vir doctus secundum ea, quae modo exposui, non recte sensisse mihi videtur. Nec veram rei sententiam divinavit Schroeterus, quum, qui reum die adjecto, quo tempore solvere debeat, certiorem fieri censeant, in errore versari existimet. Nam ubi sine die quis solvere debet, creditor statim petere potest, et interpellatione tempus solvendi imminet. Ubi adjecto die quis solvere promisit, creditoris interpellationem, quam hic sine diei adjectione quovis tempore exercere posset, evitare vult, et certum, quo solvat, diem ponit; scit igitur reus, se hoc die solvere debere et diem pro creditore interpellare; quo consilio ipse

eam constituit: solvendi ergo temporis notitiam ab interpellatione non differre, in promptu est. In pura obligatione quivis dies per se interpellat, sed quia reus, quo tempore creditori, cujus gratia dies adjectus est, solutio grata sit, scire nequit, petitionem exspectet necesse est. At contra diei adjectione promissor sese pavore, ne statim solvat, liberare vult, quam ob rem stipulator pro tempore quiescit et in solatium interpellatione liberatur. Ubi dies non adjicitur, si debitoris gratia interpellatio locum habet, fieri non potest, ut, ubi in creditoris favorem fiat aliquid, idem valeat.

Quum supra, jure consultos Romanos nullam culpam, ut mora existet, requirere demonstraverim, Schroeteri sententia, culposam tantum solvendae solutionis dilationem, quae culpa inde oriatur, quod debitor interpellatus creditori non satisfaciat, moram esse, falsa esse videtur. Si per promissorem stetit, quo minus certo tempore praestanda praestaret, in mora versatur; atqui die certo per promissorem non solventem stat, quominus solvat, ergo sine interpellatione in mora est.

Nec ea Schroetero concedere possum, quae profert, debitorem, cujus gratia tempus adjiciatur, multis impediri incommodis, si dies pro creditore interpellet. Diei enim adjectio efficit, ut creditor, qui sine die statim petere poterat, tardius tandem poscere possit: dies adjectus ei incommodum est, quod ut exaequetur, jam rei natura, ut non ipse, sed dies pro se interpellet, postulat.

Quod ad leges, quae ex professo de vera certi diei natura agunt, attinet, hac de re infra accuratius agam. Sed nimis subtiliter Schroeterus demonstrare tentat, „petere" sine adjectione idem esse quod „postulare". Nam „reus" et „is unde petitur" eaedem sunt personae. Jam supra

l. 32. pr. D. de usur. (22, 1.)

explicui; diligenter Schroeteri interpretationem inspiciam. Negat enim vir doctus, Marcianum hac in lege de duobus morae generibus disputare; unam tantum moram, ex persona scilicet, jure consultus secundum Schroeteri sententiam affert. Sed nudis verbis Marcianus duo morae genera proponit, moram ex re et ex persona. Hanc tantum circumloquitur „si interpellatus opportuno loco

Digitized by Google

non solverit", unde illa ex ipsa antithesi intelligitur. Ubinam igitur mora ex re negatur, nisi quis cum Schroetero legis verba consulto in alium sensum rapiat? Ubi de mora ex re agitur, ne verbum quidem de singulis faciunt jure consulti Romani.

l. 5. D. de minor. (4, 4).

l. 26. §. 1. D. de fideic. libertatt. (40, 5).

l. 23. §. 1. D. de usur. (22, 1).

l. 3. §. 2. D. de adim. legatt. (34, 4).

l. 7. Cod. de cond. ob turp. c. (4, 7).

Ea loca, quae ex certo die moram ex re nasci probant, infra contra Schroeterum exponam, ne, quem vir doctus sequitur, turbetur ordo.

III. Speciala quaedam Schroeterus, quibus in obligationibus cum die adjecto moram post diem certum sola interpellatione originem ducere demonstret, affert.

l. 26. §. 1. D. de fideic. libertatt. (40, 5).

l. 53. pr. D. eod.

ubi favore libertatis,

l. 5. Cod. de act. emp. et vend. (4, 49).

l. 3. Cod. in qu. caus. in integr. (2, 41).

l. 87. §. 1. D. de legat. II. (31).

ubi favore minoris aetatis mora ex re incipiat,

l. 17. §. 4. D. de usur. (22, 1).

l. 49. §. 3. D. de V. O. (45, 1).

l. 114. D. ibid.

ex quibus diem pro homine non interpellare constet.

Postea Schroeterus quaedam enumerat, quibus incommoda, quae creditor, elapso die praestandis a debitore non praestitis, patitur, tam perfecte tolli possint quam mora ex re, quae inde ab ipso diei fine incipiat [12]).

Contra Schroeterum quae sequuntur objici posse videntur.

12) l. c. pag. 159—175.

Digitized by Google

Saepe fieri solet, ut, qui aliquid probare volunt, ad sustentandam sententiam his illisve levioribus, quae ad rem ipsam non spectent, utantur. Idem fecit SCHROETERUS, quum pacta, quibus morae effectus ita, ut interpellatio insuper non accedat, constituuntur, commemoret. Sed haec pacta quaestionem, de qua agitur, non tangunt. Pactis morae effectus nulla adhibita interpellatione componi posse, nemo negabit. Quaestio est: an die certo ad praestandum fixo et legales et conventionales morae effectus, praestandis certo die non praestitis, sine interpellatione ferendi sint, nec ne? In iis, quae supra scripsi, diei certi naturam regulae „dies interpellat pro homine" favere, probare studui. Restat, ut ea, quae jure consulti Romani hac de re cogitarint, examinem; quam ob rem omissis omnibus, quae non accurate hanc quaestionem tractant, leges a SCHROETERO citatas exponam. Et jam primum

l. 26. §. 1. l. 53. pr. cit.

non negligendae esse videntur. Optime THIBALDUS [13]) has leges, quamquam SCHROETERUS [14]) contradicit, interpretatus est. Alio modo SCHROETERI opinionem refutandi periculum faciam. ULPIANUS enim aliis verbis ita scripsit: si ancilla, cui fideicommissaria libertas, adjecto die, relicta est, interea et quidem post diem certum enixa fuerit, partus manumitti dici debet, quia ex re mora facta esse videtur; si vero fideicommissaria libertas sine die adjecto relicta est, partus post matris interpellationem ingenuus fit. Ratio, quam ULPIANUS narrat, est vel ignavia, vel timiditas eorum, quibus relinquitur, vel ignorantia juris sui, vel auctoritas et dignitas eorum, a quibus relicta est libertas fideicommissa. Eadem, quae jam exposuerat, ita repetit: ingenui nascuntur, ex quo mora libertati facta est (id est: ubi mora ex persona adest), manumitti partum dici debet, ex quo peti libertas potuit, quamvis non sit petita (id est: ubi mora ex re adest). Hanc sententiam Marcianus l. 53. cit. quam optime probat. Si quis rogatus ancillam manumittat, moram fecerit (sc. praevia ancillae interpellatione), partus liber et quidem ingenuus nascitur. Idem

13) *Arch. f. civ. Pr.* XVI. pag. 192—194.

14) *LINDE Ztschr.* VII. pag. 113—116.

Digitized by Google

constitutionibus cautum erat. Sed imperatores, favore libertatis ducti, ingenuum nasci partum constituerunt, si libertas fideicommissa adjecto die derelicta erat. Hoc modo imperatores Romani, propter libertatis favorem, antiquum morae ex persona in fideicommissis libertatibus effectum morae ex re attribuerunt, ita ut nullum intercederet discrimen. Nudis verbis Ulpianus illam distinctionem inter fideicommissariam libertatem, pure et cum die relictam, fecit. Manumittitur partus ancillae ex eo die, ex quo libertas peti potuit, *quamvis non sit petita;* quia dies pro homine interpellat. Ingenuus nascitur ex eo die, ex quo libertati mora facta est; quia, ubi sine die relinquitur, statim relicta esse videtur, et morae initium in hoc casu ex sola interpellatione exoritur. Hoc idem significant verba „et ex die quidem, quo libertas peti potuit" (sc. dies sine interpellatione pro matre petiit), „ex die vero, quo petita est" (sc. fiduciarius matris tantum interpellatione in mora versatur). Cur autem jure consulti Romani duplicem morae effectum posuerint, in ipsa fideicommissorum natura situm esse videtur.

Quae Schroeterus de minoribus affert, nihil contra regulam probant. In minorum persona non favore minoris aetatis, sed recepto jure mora ex re fit [15]), et Paullus in

l. 87. §. 1. D. de leg. II. (31)

non de mora ex re, sed ex persona loquitur. In

l. 5. Cod. de act. e. et. v. (4, 49)

minoris aetatis favore adducti Diocletianus et Maximianus emptorem, qui possessionem nactus fructus percepit, partem pretii, quam penes se habet, cum usuris restituere, Praesidi provinciae rescripserunt; sed verba „licet nulla mora intercesserit" de mora ex persona aeque ac de mora ex re intelligi possunt, et vel hoc vel illo modo interpretaberis. In l. 3. Cod. cit. tamen recepto jure re ipsa moram in minorum persona fieri traditum est, ita ut regula „dies interpellat pro homine" ad minores quoque referatur.

15) L. 3. Cod. in qu caus. in int. (2, 41).

L. 17. §. 4. D. de usur. (22, 1) in neutram partem accipi potest, quia an de die certo inter locatorem et conductorem convenerit, nescimus. Verba „non nissi ex mora“ igitur duplici modo ut lubet circumscribi possunt. Sed nimis subtiliter SCHROETERUS [16]) inter moram ex re et de re distinguit. Mora enim, quae re, de re, ex re, in re, in rem fit, eadem est.

L. 49. §. 3. D. de V. O. (45, 1) SCHROETERI sententiam non confirmat. PAULLUS enim interpellationi, ante diem factae, nullum tribuit effectum. Servus, qui ante diem, in quem promissus erat, interpellato promissore, decesserat, non dabatur, quia propter servi mortem non per promissorem stetit, quominus daret. Qui regulam „dies interp.“ ratam esse non vult, ex lege 49. §. 3. cit. facile argumento e contrario pro sua opinione aliquid inveniet; qui regulam approbat, pariter argumentis non carebit.

L. 114. D. ibid. tamen sine ulla dubitatione SCHROETERO obstat. Ulpianus aliis verbis ita scripsit: si fundum certa die praestari stipuler et promissor ea die non praestiterit, consecuturum me, quanti mea interest, moram non esse factam. Nusquam, ut jam supra demonstravi, ut quis in mora versetur, ulla culpa requiritur. Nihilominus SCHROETERUS, interpellatione tantum culpam debitoris nasci supponens, legis verba pro se facere fingit. Si vir doctus autem debitorem non solventem sese eo, quod non interpellatus sit, excusare posse narrat, de mora ex persona, quam POMPONIUS in

l. 23. D. de V. O. (45, 1)

affert, non de mora ex re scripsit.

IV. His expositis eas leges, quibus SCHROETERUS [17]) regulam contineri neget, videamus.

l. 9. §. 1. D. de usur. (22, 1).
l. 4. §. ult. D. de leg. comm. (18, 3).
l. 21. §. 8. 9. D. de recept. (4, 8).

16) L. c. pag. 156. 157.
17) L. c. pag. 175—197.

l. 23. D. de O. et A. (44, 7).
l. 9. pr. D. de usur. (22, 1).
l. 23. §. 3. D. de recept. (4, 8).

non de mora ex re agere, recte SCHROETERUS monet [18]. Enim vero si vir doctus

leg. 47. D. de act. e. et. v. (19, 1)

suam sententiam corroborari censet, in hac lege verba „post moram intercedentem" nihil probare videntur, quia, an PAULLUS moram ex re vel ex persona sentiat, haud liquet.

In l. 12. Cod. de contrah. et comm. stipul. (8, 38) [19] JUSTINIANUS de poena, non de mora loquitur, quam quidem ob rem non pro regula „dies int." afferri, tamen quoque non ab iis, qui eam negant, allegari potest.

l. 1. in f. D. de act. emp. et vend. (19, 1)
l. 1. §. 6.; L. 14. §. 10. D. de aedil. ed. (21, 1)

nullius momenti esse, SCHROETERUS haud injuste narrat; at verba leg. 5. D. de reb. cred. (12, 1) „si aliqua justa causa sit, propter quam intelligere deberes, te dare oportere" non inepte pro regula loquuntur. Ulla, ut quis in mora versetur, adsit culpa non necesse est. Die igitur, quo quis solvat, posito justa adest causa, propter quam, sese solvere oportere, debeat intelligere reus, et cum eorum, quae promisit, memoriam abjicere ipsi non liceat, elapso die in mora versatur. Earum vero legum, quas SCHROETERUS egregie exposuit, nulla ducta ratione, quippe quae pro regula nihil probent [20], in

l. 135. §. 2. D. de V. O. (45, 1) [21]

quiescere in animo est. Ex legis contextu verba „propter eam moram" non nisi de mora ex re, quae inde orta erat, quod debitor intra certum tempus non solverat, intelligi possunt. SCHROETERUS, ut suuam sententiam servet, interpella-

18) L. c. pag. 175.

19) L. c. pag. 179. sqq.

20) Ad has quoque l. 10. Cod. de act. empti (4, 49) adnumeranda videtur, quamvis THIBALDUS (*Arch. f. civ. Pr.* XVI. pag. 189) ea nitatur.

21) De leg. 114. ibd. videatur supra.

Digitized by Google

tum reum fuisse supponit. At hac de re ne verbum quidem scriptum est, nec moram, ut SCHROETERUS [22]) vult, obiter sed expresse SCAEVOLA commemorat. Summo jure quoque

l. 2. Cod. de jure emphyt. (4, 66)

huc pertinet. JUSTINIANUS perspicue neminem admonitionen exspectare oportere, sed ultro sese offerre, et debitum spontanea voluntate persolvere, constituit. Falsus est SCHROETERUS [23]), hac constitutione omnem interpellationem sublaturam, quum verba sensu generali exponenda sint, contendens. Divus Imperator non de quacunque, sed de mora ex re scribit, ut ex iis, quae principio Constitutionis leguntur, videmus. Lex anterior, cujus JUSTINIANUS mentionem facit, l. 12. Cod. cit. esse potest, et in hoc casu fortasse verba legis 12. Cod. „cum ea, quae promisit, ipse in memoria sua servare, non ab aliis sibi manifestari debeat poscere“ de die fixo intelliguntur. Sed quoque fieri potest, ut JUSTINIANUS vel aliam quandam Constitutionem cogitaverit, vel verba leg. 12. cit., quod verisimilius esse videtur, ad certam poenam pro stipulationis tenore spectent.

Juris Romani praescripta Jus Canonicum confirmat.

In cap. 4. X. de loc. et cond. (3, 18) ecclesiae emphyteuta cessando in solutione canonis per biennium repelli posse scribitur, non obstante, quod ei, ut canonem solveret; non exstitit nuntiatum, cum in hoc casu dies statuta pro homine interpellet. Nudis verbis hoc capite GREGORIUS IX. regulam ipsam, non vero exceptionem commemorat. Nec verba „in hoc casu“ impedimento sunt. Papa die posito diem pro homine interpellare, et ubi dies adjectus non sit, non pro homine interpellare, decernit. Cap. 31. in VI. de R. J. (lib. 5. tit. ult.) cujusdam momenti esse videtur, sed pro sententia mea eo uti non opus est, quum ea, quae probare mihi proposui, satis diei certi natura, et juris Romani et Canonici legibus probata sint. Ad quas etiam addam

l. 17. §. 8. D. de usur. (22, 1)

cujus verba sunt haec:

si dies non sit ab his, qui statuas vel imagines ponendas legaverunt, praefinitus, a Praeside tempus statuendum est: et nisi posuerint heredes, usuras Rei publicae usque ad tertiam centesimae pendent [24]).

22) L. c. pag. 192.
23) pag. 195.
24) cf. l. 5. pr. D. de oper. publ. (50, 10).

Digitized by Google

11 Law Misc. Pamp 5-6'11
P. L. 5-'1833.
2

Denkschrift

In Sachen des

PARSONS LIBRARY
University of
MICHIGAN

M. Richard-Janillon, Bad-Inhabers und Wirthes „zur Rheinlust" in Mannheim, jetzt Castellans des Heidelberger Schlosses, Klägers, Appellanten, Oberappellanten,

gegen die

Gesammtheit der Bürger und der staatsbürgerlichen Einwohner in Mannheim, vertreten durch den Gemeinderath daselbst, Beklagten, Appellaten, Oberappellaten,

Entschädigungs-Forderung betreffend.

Mannheim.
Buchdruckerei von Heinrich Hogrefe.
1854.

Digitized by Google

Digitized by Google

12

Denkschrift

In Sachen

des M. Richard-Janillon, Bad-Inhabers und Wirthes „zur Rheinlust“ in Mannheim, jetzt Castellans des Heidelberger Schlosses, Klägers, Appellanten, Oberappellanten,

gegen

die Gesammtheit der Bürger und der staatsbürgerlichen Einwohner in Mannheim, vertreten durch den Gemeinderath daselbst, Beklagten, Appellaten, Oberappellaten,

Entschädigungs-Forderung betreffend.

§ 1.

In der Klage vom 10. November 1852 wird behauptet, daß in der Zeit vom 15. bis 23. Juni 1849 von einer zusammengerotteten Menge, oder einer bewaffneten Vereinigung Mehrerer, Verbrechen gegen das Eigenthum des Klägers durch Zerstörung und Beraubung mit offener Gewalt begangen worden seien.

Auf den Grund des § 1 des Gesetzes vom 1. April 1848 (Reg.-Bl. No. XXI. Seite 90) beantragt der Kläger die Verurtheilung der Beklagten zur Zahlung einer Entschädigungssumme, deren Größe einem besondern Verfahren vorbehalten bleiben soll.

Der Richter I. Instanz wies diese Klage durch Urtheil vom 10. Mai 1853 ab, weil das vom Kläger in Anspruch genommene Gesetz auf die von ihm behaupteten Thatsachen nicht passe.

Das unterrichterliche Urtheil wurde vom Richter II. Instanz durch Urtheil vom 15. November 1853 bestätigt. Auch der Appellationsrichter erachtete das Gesetz vom 1. April 1848 für nicht anwendbar auf die Behauptungen der Klage. Obgleich hiernach die Richter der beiden vordern Instanzen in dem Resultate übereinstimmen, so sind doch ihre Gründe wesentlich von einander verschieden.

Der Kläger hat die Oberappellation ergriffen und begehrt ein abänderndes Urtheil nach dem Antrage der Klage. Um dieses Ziel zu erreichen, muß der Kläger darthun, daß die von ihm vorgetragenen Thatsachen die Anwendung des angerufenen Gesetzes begründen.

Die Aufgabe der gegenwärtigen Denkschrift beschränkt sich hiernach auf die Erörterung der einzigen Frage:

Ist die erhobene Klage begründet?

Digitized by Google

§ 2.

Das Etablissement des Klägers, die Wirthschaft und Bade-Anstalt „zur Rheinlust," ist auf dem anliegenden Plane der Stadt Mannheim mit R bezeichnet.

Die Rheinlust besteht aus einem Wohn- und Wirthschafts-Gebäude, einem Badehause und dem diese Gebäulichkeiten einschließenden terrassenförmigen Wirthschafsgarten, welcher mit Bäumen bepflanzt ist, und in welchem sich ein Glaspavillon befindet. Der Wirthschaftsgarten liegt seiner ganzen Länge nach unmittelbar am Rheinstrome, auf welchem sich die zur Rheinlust gehörigen, für die kalten Flußbäder bestimmten Badehütten in zwei Reihen befinden.

Der Wirthschaftsgarten stößt oben an den zum öffentlichen Spaziergang dienenden Rheindamm. Unterhalb der Rheinlust bis zur Rheinbrücke befinden sich noch 3 kleinere Privathäuser und das Brückenzollhaus. Unterhalb der Brücke liegen am Rheine das s. g. Matrosenhaus (ein herrschaftliches Gebäude), die Agenturgebäude, Gärten und Magazine der Kölnischen, der Düsseldorfer und der Niederländischen Dampfschifffahrts-Gesellschaft, einige kleinere Privathäuser mit Gärtchen, und dann das große Gasthaus zum Europäischen Hofe mit einer nach dem Rheine hin gerichteten, ebenfalls mit Bäumen besetzten Terrasse. Den genannten Grundstücken gegenüber auf dem linken Rheinufer dehnt sich die bayerische Stadt Ludwigshafen aus.

In hiesiger Stadt weiß Jedermann, daß die Rheinlust im Jahre 1837 vom Kläger mit einem Kostenaufwande hergestellt wurde, welcher seine Mittel überstieg. Nur die mit Sicherheit zu erwartende Rentabilität des für die Stadt so schätzenswerthen Unternehmens, wendete dem Gründer einen Credit zu, welcher ihm die Ausführung möglich machte. Das erfreuliche Gedeihen des Etablissements setzte den Kläger in den Stand, seine übernommenen Verbindlichkeiten pünktlich zu erfüllen, und schon war er auf dem Punkte, die Früchte seiner Thätigkeit endlich selbst genießen zu können, als ihn die ungünstigen Verhältnisse des Jahres 1847 und unmittelbar darauf die Ereignisse der Jahre 1848 und 1849 in eine sorgenvolle Lage zurückwarfen.

War in diesen Jahren schon die Geschäftsstockung für den Kläger sehr empfindlich, so traf ihn vollends der härteste Schlag in der Zeit vom 15. bis 23. Juni 1849, nämlich die Zerstörung und Ausplünderung seines Etablissements, verübt von einer bewaffneten Schaar, aus Haß gegen seine bekannten politischen Gesinnungen.

§ 3.

Die Ereignisse in der ersten Hälfte des Sommers 1849 führten bekanntlich die Nothwendigkeit herbei, den Rechtszustand in einigen deutschen Ländern, namentlich in Baden und in der bayerischen Pfalz, mit Waffengewalt wiederherzustellen.

Zu diesem Zwecke waren preußische Hilfstruppen am 15. Juni 1849 in Ludwigshafen eingerückt.

In der Absicht, die Preußen aus Ludwigshafen zu vertreiben, zogen Bewaffnete, theils einzeln mit Büchsen versehen, theils in Haufen, welche sich innerhalb der Stadt zusammengeschaart hatten, nach dem diesseitigen Ufer des Rheines und richteten ein unablässiges Feuer nach dem jenseitigen Ufer. Auch grobes Geschütz wurde zu diesem Zwecke aufgepflanzt, worunter sich namentlich die der hiesigen Stadtgemeinde gehörigen Kanonen befanden. Bei Gelegenheit dieses frevelhaften Attentates gegen die Organe der rechtmäßigen Gewalt entwickelte sich bei einem

Digitized by Google

der bewaffneten Volkshaufen der Entschluß, den seit Jahren politischer Aufregung genährten Groll gegen die vielfach angefeindete Person des Klägers auf eine ihm empfindliche Weise zu befriedigen. Es geschah dies vermittelst gewaltsamer Zerstörung und förmlicher Ausplünderung seines Eigenthums.

§ 4.

Dieser fanatisirte Volkshaufe bemächtigte sich gewaltsam des klägerischen Etablissements und bediente sich desselben als eines strategischen Punktes zum Hauptschauplatze des Angriffs gegen die preußischen Truppen. Eine der von Sr. königl. Hoheit dem Großherzoge Leopold der Stadt Mannheim geschenkten Kanonen, bedient von Mannheimer Bürgern und Bürgerssöhnen, wurde in dem Wirthschaftsgarten aufgepflanzt und das ganze Lokal von Leuten besetzt, welche mit Büchsen bewaffnet waren. Tag und Nacht hindurch wurde von hier aus das Feuer unterhalten.

Der Kläger behauptet — und nur auf seine Behauptungen kann es vorerst bei der Frage über die thatsächliche Klagebegründung ankommen — daß schon die Besitznahme seines Etablissements an und für sich, zum Zwecke der Ausführung des Attentates gegen die preußischen Truppen, in einer gegen die politisch verhaßte Person des Klägers gerichteten feindseligen Absicht geschah.

Es war nämlich leicht vorauszusehen und bewahrheitete sich durch den Erfolg, daß diejenigen Punkte, von welchen aus der diesseitige Angriff ausging, auch die Zielpunkte des preußischen Geschützes werden mußten. Während nun die übrigen, oben § 2 beschriebenen Lokalitäten anderer Besitzer in gleichem oder noch höherem Grade zu Angriffspunkten geeignet gewesen wären, wie z. B. der Garten der Kölnischen Dampfschifffahrts-Gesellschaft und die Terrasse des großartigen massiv in Stein erbauten Europäischen Hofes, so vermied man es nichts destoweniger, irgend eine dieser Besitzungen zu einem Angriffspunkte zu machen. Auch das weiter abwärts gelegene Mühlau-Schlößchen war von einer dieser Schaaren in Besitz genommen und ebenfalls als Angriffspunkt benützt worden. Allein nicht die geringste Beschädigung wurde hier verübt, und es wurde dem Wirthe Leibnitz sogar Alles, was man von ihm an Speisen und Getränken begehrte, baar bezahlt. Es geschah dies Alles aus Rücksicht für die Eigenthümer, in welchen man noch immer die Freunde und Mitbürger achtete, und deren Eigenthum man vor Zerstörung durch preußische Kugeln bewahren wollte. Während diese Rücksichtsnahme gegen alle übrigen Privatbesitzer augenscheinlich an den Tag trat, verfuhr man dem einzigen Kläger gegenüber in ganz entgegengesetzter Weise, und es unterliegt, wenigstens nach der Ueberzeugung des Klägers, keinem Zweifel, daß man ihm nur aus Parteileidenschaft diese ausnahmsweise schonungslose Behandlung widerfahren ließ.

Allein noch unverkennbarer machte sich der Haß gegen den Kläger Luft durch die schmählichste Zerstörung seines Etablissements und durch die Hinwegnahme und Verschleuderung des darin befindlichen beweglichen Eigenthums.

§ 5.

Die vorgetragenen Verhältnisse ergeben, daß in jenen Tagen der Kläger in verschiedener Weise beschädigt wurde. Sein Schade rührt einestheils daher, daß die preußischen Geschütze direct nach seinem Etablissement gerichtet waren, anderntheils von den Zerstörungen und Beraubungen von Seiten Derjenigen, welche sich desselben gewaltsam bemächtigt hatten.

Digitized by Google

Die Klage vom 10. November 1852 beschränkt sich lediglich auf diese letztern Beschädigungen. Denn jener, durch die Hilfstruppen angerichtete Schaden, erscheint als die nothwendige Folge der zur Wiederherstellung der Ordnung von der rechtmäßigen Staatsgewalt angewendeten Mittel, er ist ein Kriegsschade im eigentlichen Sinne des Gesetzes.

Darum haben auch die zur Ermittelung und Ausgleichung des Kriegsschadens berufenen Großherzoglich badischen Behörden eine scharfe Unterscheidung zwischen diesen beiden Kathegorien der vom Kläger erlittenen Beschädigungen gemacht, und demselben bei dem Ausgleichungsgeschäfte nur für denjenigen Theil des Schadens einen Ersatz angewiesen, welcher als die Folge der Operation der Hilfstruppen zu betrachten war, dagegen den andern Theil des Schadens, den der Kläger durch die Zerstörungswuth eines bewaffneten Volkshaufens erlitt, von der Berechnung ausgeschieden und dem Kläger überlassen, auf anderem Wege seine Entschädigung zu suchen.

§ 6.

Aus dem Vorgetragenen ergibt sich, und es ist im § 3 der Klage mit Nachdruck hervorgehoben worden, daß, nach der Behauptung des Klägers, die gewaltsame Besitzergreifung und Beschädigung seines Eigenthums auf einer direkt gegen seine Person gerichteten feindseligen Richtung beruhte. Er galt nämlich als ein s. g. Reactionär und war seit Jahren der Gegenstand der Anfeindung der entgegengesetzten politischen Partei. Der lange verhaltene Groll kam bei der sich darbietenden Gelegenheit zum plötzlichen Ausbruche.

Die Klage vom 10. November 1852 enthält hiernach die Darstellung, daß in den Tagen vom 15. bis 23. Juni 1849 von einer bewaffneten Rotte zwei verschiedene neben einander parallel laufende Verbrechen begangen worden sind, das eine, bestehend in einem Angriffe gegen die gesetzliche Staatsgewalt, das andere zu gleicher Zeit, bestehend in einer rachsüchtigen Beschädigung und Beraubung des klägerischen Etablissements, gerichtet gegen die den Thätern wegen seiner politischen Farbe verhaßte Person des Klägers.

§ 7.

Vergleicht man mit dieser, der Klage zu Grunde liegenden thatsächlichen Darstellung der Sache denjenigen Sachverhalt, wie ihn das Großherzogliche Hofgericht in seinen Entscheidungsgründen unterstellt, so zeigt sich auf den ersten Blick, daß es keine Rechtsfrage ist, in welcher der Gerichtshof II. Instanz von der Ansicht des Klägers abweicht, sondern daß ein thatsächliches Verhältniß unter dem Gesichtspunkte des Gesetzes vom 1. April 1848 betrachtet wird, welches von demjenigen Sachverhalte verschieden ist, den der Kläger zu behaupten Willens war, und wirklich behauptet hat. Das Großherzogliche Hofgericht ist zu seiner Entscheidung nur dadurch gelangt, daß es an die Stelle der wirklichen thatsächlichen Klagbegründung eine andere abweichende vom Kläger nicht beabsichtigte Begründung geschoben und auf letztere dann das Gesetz angewendet hat.

Das Großherzogliche Hofgericht negirt nämlich, daß die Besitznahme der Rheinlust und die verübten Gewaltthätigkeiten Acte persönlicher Feindschaft und Rachsucht gegen den Kläger waren. Die Unternehmung soll eine „Kriegsoperation" des einen kriegführenden Theils gegen den andern gewesen sein. So wie es nun zu geschehen pflegt, daß eine bewaffnete Mannschaft, welche eine solche Operation auszuführen hat, sich im Zustande

Digitized by Google

des Krieges Uebergriffe zu Schulden kommen läßt, wodurch der Einzelne beschädigt wird, so sei dies auch hier der Fall gewesen.

Es soll sich hier lediglich von einem Schaden handeln, welcher den Uebergriffen einer mit einer Kriegsoperation beschäftigten Mannschaft zuzuschreiben sei, nicht aber von einer „ganz für sich bestehenden boshaften Beschädigung des Klägers."

Der Schade des Klägers erscheine daher als ein bei Gelegenheit einer Kriegsoperation erlittener eigentlicher Kriegsschade.

§ 8.

Diese Auffassung des thatsächlichen Verhältnisses entspricht aber keineswegs dem wahren Sachverhalte und der von dem Kläger seinem Anspruche zu Grunde gelegten Darstellung.

Es ist nur so viel richtig, daß die Gewaltthätigkeiten gegen die Person des Klägers verbunden waren mit jener Kriegsoperation (wenn es erlaubt ist, dem Unfuge diesen Namen zu geben), und daß vielleicht die beabsichtigte „Kriegsoperation" den Gedanken hervorrief und die Gelegenheit darbot, noch ein zweites Unternehmen auszuführen. Dieses letztere, bestehend in der boshaften Zerstörung und Ausplünderung des klägerischen Eigenthums, beruhte aber keineswegs auf einer bloßen Ueberschreitung, auf Uebergriffen, welche sich eine Mannschaft über den ihr etwa ertheilten Befehl hinaus zu Schulden kommen ließ, sondern es erscheint als ein eigenes, für sich bestehendes, nur zufällig mit der s. g. Kriegsoperation verbundenes zweites Verbrechen, begangen von denselben Personen und zu derselben Zeit, wie die angebliche „Kriegsoperation."

Hiernach dürfte es keinem Zweifel unterliegen, daß die Verschiedenheit zwischen der klägerischen Auffassung und derjenigen der hofgerichtlichen Entscheidungsgründe factischer Natur ist.

Es muß sich aber die Beurtheilung eines Falles, so lange es sich nur um die Frage handelt: „Ist die Klage begründet?" an dasjenige Factum halten, welches der Kläger behaupten will. Wenn es im vorliegenden Falle später auf den Beweis ankommen wird: daß die gewaltthätige Besitzergreifung und Beschädigung des Eigenthums des Klägers auf einer Feindseligkeit gegen seine Person beruhte und ein Act der Bosheit und Rachsucht war, um ihn wegen seiner politischen Gesinnung zu bestrafen, so wird dieser Theil des factischen Klagefundaments auf dem hier ganz ausschließlich möglichen, aber auch vorzüglich geeigneten Wege des Vermuthungsbeweises erbracht werden. Die einzelnen Umstände, aus welchen der Kläger die behauptete Absicht schließt, wären in der Klagebegründung noch nicht am rechten Platze gewesen; sie gehören in's Beweisverfahren (§ 581 der P.-O.), und nur vorläufig will ich folgende dieser Vermuthungsgründe hervorheben.

Zunächst erinnere ich an das, was oben (§ 4) gesagt wurde; daß nämlich das klägerische Besitzthum schon in der unverkennbaren Absicht, es der Beschießung auszusetzen, zu einem Angriffspunkte ausersehen worden ist.

Es wird ferner aus der Art und Weise, wie die Besitzergreifung der Rheinlust ausgeführt wurde, ein Schluß auf die Absicht der betreffenden Personen gezogen werden dürfen. Der Kläger wird nachweisen, daß die Schaar keineswegs wie eine zu einer Kriegsoperation commandirte Truppe eingerückt ist, sondern in der Gestalt eines ungeordneten Volkshaufens, und zwar unter den gröbsten Schmähungen und Drohungen

Digitized by Google

gegen die **Person des Klägers** und unter Mißhandlung seiner im Hause zurückgebliebenen Dienstleute. Auch rückte die Mannschaft zu dieser angeblichen „Kriegsoperation“ nicht auf dem gewöhnlichen Wege ein, sondern, obgleich ein Widerstand nicht geleistet wurde, vermittelst gewaltsamen Aufsprengens der Thüren, Abbrechens der Schlösser u. dgl. Diese Gewaltthätigkeiten fielen zudem nicht erst **während** der s. g. Kriegsoperation vor, sondern **vorher**, ehe noch der Angriff gegen die Preußen diesseits begonnen hatte.

Endlich wird auch **die Beschaffenheit** der dem Kläger zugefügten **Beschädigungen** Schlüsse auf die Absicht des Unternehmens gestatten. Die zu einer „Kriegsoperation“ commandirte Mannschaft mag wohl beim Mangel einer strengen Mannszucht bisweilen Excesse begehen und die Achtung vor fremdem Eigenthume vergessen, namentlich wenn in den von ihr besetzten Räumen Lebensmittel, insbesondere Vorräthe von Getränken vorhanden sind. Sie wird oft der Versuchung, **solches** Eigenthum anzutasten, nicht widerstehen können. Auch lassen sich Excesse vermittelst **Beschädigung** fremden Eigenthums denken, wenn z. B. eine Kriegsmannschaft nach Ueberwindung einer hartnäckigen Gegenwehr das Feindesgebiet betritt.

Allein ganz anders verhält es sich in unserm Falle. Hier wurden die vorgefundenen verzehrbaren Gegenstände nicht blos **aufgezehrt**, sondern zum Theil absichtlich **verdorben**, indem man z. B. den vorgefundenen Wein, das Oel, den Essig, die Essenzen u. s. w. im Keller auslaufen ließ; und die Zerstörungen und Zertrümmerungen des klägerischen Eigenthums waren ihrer Beschaffenheit nach von der Art, daß ein anderer Zweck als die **Beschädigung selbst** nicht denkbar ist. Und Alles dies erfolgte nicht auf **Feindes**-, sondern auf **Freundes-Gebiet** in Ermangelung jeglichen Widerstandes.

§ 9.

Indessen dürfte auch überhaupt die Unterstellung einer Kriegsoperation, worauf die hofgerichtliche Ansicht beruht, einem erheblichen Bedenken unterliegen. Der Kläger kann nicht anerkennen, daß die Vorfälle, welche die Gelegenheit zur Zerstörung seines Eigenthums darboten, als eine „Kriegsoperation“ zwischen zwei kriegführenden Theilen aufgefaßt werden dürfe.

Das Unternehmen gegen die preußischen Truppen, mag es von den damaligen revolutionären Befehlshabern angeordnet gewesen sein, oder mag es von den bewaffneten Volkshaufen aus eigenem Antriebe beschlossen und auf eigene Faust ausgeführt worden sein, war an und für sich schon, als Attentat gegen die rechtmäßige Gewalt, ein Verbrechen, und es ist nicht einzusehen, wie dabei noch von besondern „**Uebergriffen** bei der Ausführung“ die Rede sein kann.

Allein zum Ueberflusse sei hier bemerkt, und ist bereits in der Klage hervorgehoben, daß die angebliche „Kriegsoperation“ schwerlich auf einer Anordnung der damaligen militärischen Befehlshaber beruhte. Nicht allein die Zwecklosigkeit und Sinnlosigkeit des ganzen Unternehmens spricht dagegen, sondern auch die Thatsache, daß dabei eine, wenn auch noch so unvollkommene militärische Ordnung und Leitung ganz und gar fehlte, vielmehr in tumultuarischer Unordnung dabei verfahren wurde.

Wenn daher die hofgerichtliche Entscheidung auf der thatsächlichen Unterstellung beruht, es sei der diesseitige Angriff gegen die preußischen Truppen von den damaligen Befehlshabern angeordnet und organisirt worden, und

Digitized by Google

es sei im eigentlichen Plane dieses Unternehmens keineswegs eine Gewaltthat gegen die Person des Klägers gelegen, eine Unterstellung, welche nothwendig ist, um sich den Begriff von „Uebergriffen" denken zu können, so muß diese ganze Unterstellung als dem wahren Sachverhalte nicht entsprechend bezeichnet werden.

Vielmehr sind die Thatsachen, von welchen der Kläger ausgeht, kurz gefaßt folgende:

„Es sammelten sich im Weichbilde der Stadt Mannheim und im Angesichte der Bevölkerung und des Gemeinderathes bewaffnete Volkshaufen in bunter Unordnung zunächst zum Zwecke eines Angriffs gegen die preußischen Truppen. Da entstand nun noch der weitere Entschluß, bei dieser Gelegenheit einen Act der Volksjustiz gegen die Person des Klägers als eines bekannten Reactionärs zu vollziehen, und dieser Entschluß ist dann in der geschilderten Weise zur Ausführung gekommen."

§ 10.

Es wird, wenn man die thatsächliche Darstellung des Klägers nicht aus dem Auge verliert, die Anwendbarkeit des § 1 des Gesetzes vom 1. April 1848 nach seinem Wortlaute und nach dem Gedanken des Gesetzes keinem erheblichen Bedenken unterliegen.

Der Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung paßt buchstäblich auf die vorgetragenen Thatsachen, was einer nähern Begründung nicht bedarf. Zur Auffindung des wahren Gedankens des Gesetzgebers dienen aber die landständischen Verhandlungen als sicherer Wegweiser, nämlich:

Protokollheft III der II. Kammer vom Jahre 1848 Seite 146, 232 bis 253 und Beilageheft Seite 357, 361 bis 368;

Protokollheft I der I. Kammer vom Jahre 1847/48 Seite 236 bis 243 und Beilageheft Seite 270 bis 272.

Hiernach beruht die Bestimmung des § 1 des Gesetzes auf der uralten germanischen Idee der Gesammtbürgschaft. Zufolge dieses Grundgedankens betrachtet das Gesetz die gesammte Einwohnerschaft einer Gemeinde als eine kraft Gesetzes constituirte Assecuranzgesellschaft gegen die einem Einzelnen von einem zusammengerotteten Volkshaufen unter gewissen Umständen zugefügten Beschädigungen.

Dieser Grundsatz der Gesammtbürgschaft ist mit ausdrücklichen Worten als Prinzip des Gesetzes aufgestellt und mit strenger Consequenz durchgeführt.

Der Commissionsbericht des Abgeordneten Mittermaier in der II. Kammer beginnt mit dem Satze:

„Der vorgelegte Gesetzesentwurf über die Verantwortlichkeit der Gemeindemitglieder für die in der Gemeinde unter gewissen Umständen verübten Verbrechen ist die folgerichtige Anwendung des uralten germanischen Grundsatzes von der Gesammtbürgschaft der Gemeinden."

Eine Consequenz dieses Prinzips ist es, daß alle diejenigen Zweifelsgründe, welche sich die durch das Gesetz eingeführte Verantwortlichkeit der Gemeindeangehörigen als eine Folge ihrer Mitschuld vorstellten, verwerflich sind, und in der That bei den Berathungen der beiden Kammern verworfen wurden.

Hiernach steht es weder der Gesammtheit noch einem Einzelnen zu, sich von der Beitragspflicht durch die Nachweisung gänzlicher Schuldlosigkeit frei zu machen. Selbst die Behauptung der Gesammtheit, daß

Digitized by Google

ihre vereinigten Kräfte zu schwach gewesen wären, den Schaden zu verhindern, oder des Einzelnen, daß er mit Selbstaufopferung alle seine Kräfte vergeblich aufgeboten habe, sind vom Gesetze nicht als Befreiungsgründe anerkannt.

Hierüber sagt der Commissionsbericht mit dürren Worten:

„Ebensowenig konnte man einem einzelnen Bürger oder Einwohner die Befugniß geben, von der Schadenersatzpflicht sich durch den Beweis zu befreien, daß er von seiner Seite, vielleicht durch große persönliche Aufopferung, Alles gethan habe, um das Verbrechen zu hindern oder den schlimmern Ausbrüchen vorzubeugen; denn eben nach der Idee der Gesammtbürgschaft kommt es hierauf nicht an.“

Aus diesem Grunde müssen auch Kranke und Abwesende ihren Beitrag leisten, und soweit ging man in der Consequenz, daß man — gegen den ursprünglichen Regierungsentwurf — sogar den Beschädigten selbst für beitragspflichtig erklärte.

Der Commissionsbericht bezieht sich da, wo er über die Verwerflichkeit derartiger Einwürfe redet, ausdrücklich auf die Analogie einer Brandversicherungs-Gesellschaft.

Nach diesem von beiden Kammern angenommenen und von der Regierung zum Gesetze erhobenen Grundsatze muß jedes aus den Grundsätzen über Entschädigungspflicht für Vergehen oder Versehen (L.-R.-S. 1383) hergeholte Argument bei Anwendung des § 1 des Gesetzes als eine nur auf Abwege führende fremdartige Beimischung betrachtet werden.

Solche Argumente haben keinen größern Gehalt als etwa die Behauptung einer Feuerversicherungs-Gesellschaft, daß sie den Brand nicht selbst angefacht, oder einer Seeassecuranz-Gesellschaft, daß sie die Macht nicht besessen habe, einem ausgebrochenen Sturme Schranken zu setzen.

Wenn daher das Großherzogliche Hofgericht in seinen Entscheidungsgründen dem § 1 des Gesetzes neben dem Prinzip der Gesammtbürgschaft noch ein zweites angeblich innig damit verflochtenes Prinzip zu Grunde legt, nämlich den Grundsatz über die Entschädigungspflicht aus Vergehen und Versehen, so muß diese Auslegung des Gesetzes unbedingt als eine irrthümliche bezeichnet werden.

Zwei verschiedene Prinzipien können einer und derselben Gesetzesvorschrift niemals zu Grunde liegen, ein solcher Versuch des Gesetzgebers würde, bei dem nothwendigen Auseinandergehen der Consequenzen zweier Prinzipien, unfehlbar unlösbare Widersprüche hervorrufen. Der Irrthum des Großherzoglichen Hofgerichts entstand nur dadurch, daß dasselbe die verschiedenen Bestimmungen der Art. 1, 2, 3 und 4 zusammenhielt, und aus dieser Zusammenfassung den Sinn des Gesetzes zu ermitteln suchte.

Dieser Weg der Interpretation ist aber ein durchaus fehlerhafter, weil, nach dem ausdrücklichen Ausspruche des Gesetzgebers, das Prinzip, auf welches § 1 des Gesetzes gegründet ist, ganz verschieden ist von dem Prinzipe, auf welchem die §§ 3 und 4 beruhen.

Während nämlich § 1 den Fall im Auge hat, daß in der nämlichen Gemeinde, in welcher die Zusammenrottung stattfand, auch die Gewaltthätigkeit begangen wird, sprechen die §§ 3 und 4 von den Fällen,

Digitized by Google

wenn der in der einen Gemeinde oder in mehreren Gemeinden zusammengerottete Haufen auszieht, um in einer andern Gemeinde Verbrechen zu begehen.

Nach dem bestimmten Ausspruche des Gesetzgebers beruht nur in dem Falle des § 1 die Haftbarkeit der Gesammtheit auf dem Prinzip der Gesammtbürgschaft; dagegen beruht die Haftbarkeit in den Fällen der §§ 3 und 4 auf dem Grundsatze eines durch Vergehen oder Versehen entstandenen Schadens.

Hieraus ergibt sich, daß das Zusammenhalten dieser verschiedenen Gesetzesparagraphen zum Zwecke der Auffindung eines ihnen zum Grunde liegenden gemeinschaftlichen Prinzips durchaus unzulässig ist.

Bei der Anwendung des § 1 muß jeder Gedanke an eine Haftbarkeit wegen Vergehen und Versehen ebenso unterdrückt werden, wie bei der Anwendung der §§ 3 und 4 die Idee der Gesammtbürgschaft zu beseitigen ist.

Durch die Beschränkung des § 1 des Gesetzes auf den Grundsatz der Gesammtbürgschaft soll aber nicht verkannt werden, daß dem Gesetzgeber zugleich die wohlthätige Wirkung vorschwebte, die er sich von einem solchen Gesetze versprach. Diese Erwartung ist es, welche in dem Commissionsberichte mit den Worten ausgedrückt wird:

„Die dem öffentlichen Leben bisher fremden Bürger waren gleichgiltig oder zogen aus Feigheit oder aus Schadenfreude oder fanatischen Beweggründen, die sie mit den Verbrechern theilten, da sich zurück, wo sie durch ihre Energie und ihren Muth leicht den Ausbruch der Ruhestörung hätten hindern können. — Die Gesetzgebung muß darauf rechnen können, daß die Bürger und Einwohner den verderblichen Geist, der in einer Gemeinde sich ausspricht, unterdrücken, den Sinn für Ordnung befördern und thatkräftig dem Ausbruche verbrecherischer Plane entgegen wirken."

Während hiernach im Falle des § 1 der Mangel eines thätigen Zusammenwirkens der Einwohner nur als ein fehlerhafter Zustand aufgefaßt wird, der durch die Einführung einer Gesammtbürgschaft gehoben werden soll; ist in den Fällen der §§ 3 und 4 der Mangel als ein Vergehen erklärt, aus welchem die Entschädigungsverbindlichkeit nach den Grundsätzen der L.-R.-S. 1383 ff. entspringt. Nur der § 1 enthält hiernach ein neues Rechtsinstitut, die §§ 3 und 4 dagegen enthalten nur nähere Bestimmungen über die aus unrechten Handlungen oder Unterlassungen entspringenden Verbindlichkeiten.

§ 11.

Unterliegt es hiernach keinem Zweifel, daß in unserm Falle, und wo sich der Kläger auf § 1 des Gesetzes beruft, nur die Idee der Gesammtbürgschaft der Beklagten bei Schlußfolgerungen aus dem Gesetze Geltung hat, so fragt es sich dann weiter: für welche Art von Beschädigungen das Gesetz eine solche Assecuranz statuirt?

Auf diese Frage antwortet der Gesetzgeber dadurch, daß er die Veranlassung hervorhebt, welche seine gesetzgeberische Thätigkeit in Bewegung gesetzt hat. Hierüber sagt der Commissionsbericht Folgendes:

„In unserm Großherzogthum haben außerordentliche Vorfälle der Neuzeit das Bedürfniß einer solchen Gesetzgebung hervorgerufen. — Die durch die politischen Ereignisse zum Ausbruche

Digitized by Google

gekommene Aufregung entfesselte die Leidenschaften und weckte ebenso manchen bisher zurückgehaltenen Groll."

Es ist bekannt, daß nicht allein der Sturm auf das Haber'sche Haus, sondern auch die Gewaltthätigkeiten gegen das Eigenthum von Juden und Grund- und Standesherren unter den erwähnten außerordentlichen Vorfällen verstanden werden. Es ergibt sich aus dieser Veranlassung des Gesetzes, daß alle diejenigen Beschädigungen darunter begriffen sind, welche von zusammengerotteten Haufen gegen Einzelne verübt werden, um einem gegen dieselben gehegten Grolle Luft zu machen. — Das Gesetz wird daher überall da Anwendung finden, wo die That als eine Frucht des Parteihasses erscheint.

§ 12.

Nach diesen Erörterungen wird an der Begründetheit der Klage in thatsächlicher Beziehung kein Zweifel übrig bleiben.

Es ist darin behauptet:

1) Daß innerhalb der hiesigen Gemeinde Zusammenrottungen und Vereinigungen Bewaffneter sich bildeten;
2) daß ein zusammengerotteter bewaffneter Haufe das klägerische Etablissement mit offener Gewalt in Besitz nahm und auf mehrfache Weise beschädigte;
3) daß diese Handlung in der Absicht geschah, dem Kläger wegen seiner bekannten politischen Ansichten ein Uebel zuzufügen.

Es scheint hiernach, daß bei dem Vorhandensein aller Voraussetzungen des § 1 des Gesetzes vom 1. April 1848 die Abweisung der Klage wegen fehlender thatsächlicher Begründung nicht zu rechtfertigen ist.

§ 13.

Es bleibt noch übrig, die Einwürfe zu widerlegen, welche von Seiten des gegnerischen Anwalts und von Seiten des Unterrichters gegen die Begründetheit der Klage erhoben wurden.

1) In den §§ 2 und 3 der Vernehmlassung ist diejenige Einwendung enthalten, welche das Großherzogliche Hofgericht zum Entscheidungsgrunde für die Abweisung der Klage erhoben hat. Ich habe dieselbe bereits zu widerlegen gesucht und habe nur noch Folgendes beizufügen:

Mit Nichten steht der Wirth zum Europäischen Hofe mit dem Kläger auf einer Linie. Denn, wenn auch bewaffnete Personen ihr Lager in diesem Gasthause aufschlugen, so haben dieselben von hier aus doch nicht nach Ludwigshafen hinübergeschossen und sich keine Eigenthums-Beschädigungen aus Parteihaß gegen die Person des Besitzers zu Schulden kommen lassen. Nicht einmal seine Wirthschaft gerieth in Stockung, sondern wurde während des ganzen Laufs der Begebenheit fortbetrieben. Ebensowenig war die Hinwegnahme der Baumwollenballen als Ausbruch des Hasses gegen deren, den Thätern ganz unbekannten Eigenthümer zu betrachten.

Was den Grafen von Oberndorf in Edingen betrifft, so ist es dem Kläger nur bekannt, daß ein Theil

Digitized by Google

der revolutionären Truppen im dortigen Lustschlosse einquartirt war. Man erzählte sich wohl, daß sie dem in dem gräflichen Keller befindlichen Weine zusprachen, aber von rachsüchtigen Zerstörungen und Beraubungen wurde nichts bekannt.

§ 14.

2) Die im § 5 der Vernehmlassung enthaltene Einwendung ist gänzlich unbegründet.

Es klingt schon an und für sich seltsam, wenn die beklagte Einwohnerschaft sich zur Befreiung von einer Verbindlichkeit auf die Behauptung beruft, daß sie, die Einwohnerschaft, sich im Revolutionszustande befunden habe. Hierauf kann nur erwidert werden: daß die Einwohnerschaft sich vor einem solchen Zustande hätte bewahren sollen.

Daß aber ein solcher Zustand die Anwendbarkeit des Gesetzes nicht ausschließt, ergibt sich, wenn es sich nicht von selbst verstände, insbesondere daraus, daß das Gesetz ganz eigens für derartige Zustände gemacht wurde, indem bei regelmäßigen Zuständen die öffentliche Gewalt stark genug sein wird, das Privateigenthum zu schützen.

Die Vernehmlassung behauptet ferner, daß im vorliegenden Falle nicht die Voraussetzungen des § 1, sondern die des § 3 des Gesetzes vorhanden gewesen seien. Diese Ansicht wird damit zu begründen versucht, daß man behauptet: die Thäter, welche die Gewaltthätigkeit gegen den Kläger verübten, seien keine der Gemeinde Mannheim angehörigen Personen gewesen, sondern Fremde, und zwar diejenigen Personen, welche die Vernehmlassung speciell verzeichnet.

Hieraus wird geschlossen, daß der § 3 des Gesetzes Anwendung finde, und da diese Gesetzesstelle den Beweis der Schuldlosigkeit zuläßt, so wird in der Vernehmlassung diese Einrede unter Berufung auf die Uebermacht der Thäter zu begründen versucht.

Allein dieser ganze Vertheidigungsgrund beruht auf einer irrigen Voraussetzung.

Es kann nämlich bei der Frage, ob sich ein Fall unter § 1 oder 3 oder 4 eignet, unmöglich auf den Ort der Geburt oder Heimathsberechtigung der Thäter in einer oder der andern Gemeinde ankommen. Ein Gesetz, welches seine Bestimmungen über die Entschädigungsverbindlichkeit von der Erörterung der Heimathsverhältnisse der Thäter abhängig machte, würde mit Recht ein thörichtes Gesetz genannt werden müssen.

Nach einem solchen Gesetze würde z. B. § 1 des Gesetzes nicht anwendbar sein, wenn die in einem Orte vorübergehend in Arbeit stehenden, aber dem dortigen Gemeindeverband nicht angehörigen Handwerksburschen oder Fabrikarbeiter sich auf öffentlichem Marktplatze zusammenrotteten, um die Wohnung eines verhaßten Vorgesetzten zu stürmen, und wie würde es zu halten sein, wenn die Theilnehmer einer Zusammenrottung Ausländer sind, in deren Vaterland ein Gesetz wie das vom 1. April 1848 nicht besteht? Diese und eine Reihe weiterer Sonderbarkeiten würde sich aus dem seltsamen Unterscheidungsgrunde ergeben, ob in diesem oder jenem Orte die Thäter heimathsberechtigt seien.

Es kann daher das Gesetz von einer solchen Voraussetzung nicht ausgegangen sein. Vielmehr kommt es bei der Frage, ob der Fall des § 1, §§ 2, 3 oder 4 vorliege, nicht auf den Ort der Heimath der Thäter, sondern auf denjenigen Ort an, wo die Zusammenrottung oder Vereinigung Mehrerer stattfand.

Hat die Zusammenrottung und die Ausführung des Verbrechens in einer und derselben Gemeinde

Digitized by Google

stattgefunden, so gehört der Fall unter § 1 des Gesetzes. Geschah aber die Zusammenrottung in der einen Gemeinde, um sich von da gemeinschaftlich in eine andere Gemeinde zu begeben und hier das Verbrechen zu begehen, so findet der § 3 des Gesetzes Anwendung.

Dies ergiebt sich aus dem Gesetze, wo im § 3 gesagt wird:

„kamen sie aus einer andern Gemeinde" und in § 4 „aus deren Mitte Diejenigen kamen" und:

„wenn Diejenigen, welche das Verbrechen verübten, sich in einer so großen Zahl entfernten" u. s. w.

Jedenfalls aber könnte es, wenn auch das Wohnen an einem gewissen Orte die entscheidende Thatsache wäre, keinen Unterschied machen, ob die Personen, welche sich zusammenrotteten, als ständige oder nur vorübergehende Bewohner eines Orts zu betrachten sind, und es sind daher auch die in der Gemeinde sich vorübergehend aufhaltenden fremden Gäste unter dem Ausdrucke „Einwohner" inbegriffen.

Es liegt hiernach die Voraussetzung des § 3 des Gesetzes nicht vor, selbst wenn es nicht unwahr wäre, daß die Gewaltthätigkeiten gegen den Kläger ausschließlich von denjenigen Fremden begangen worden seien, von welchen die Vernehmlassung spricht; ferner aber dürfte es den Beklagten nicht gelingen, den Beweis ihrer gänzlichen Schuldlosigkeit im Sinne des § 3 des Gesetzes zu führen.

Die Mannheimer Bürgerwehr bestand aus 2000 Bewaffneten, welche, militärisch organisirt und eingeübt, und im Besitze sogar von mehreren Stücken schweren Geschützes, gesetzlich verpflichtet war, die Ordnung zu handhaben und Schutz gegen Person und Eigenthum zu gewähren.

Einer solchen bewaffneten Macht würde es gewiß möglich gewesen sein, die ganze s. g. „Kriegsoperation" gegen die preußischen Truppen zu verhindern. Mindestens aber war sie doch verpflichtet, das Eigenthum ihres Mitbürgers gegen Gewaltthätigkeiten zu schützen, die gelegenheitlich jener angeblichen Kriegsoperation begangen wurden.

Es ist aber in der Vernehmlassung die Behauptung nicht zu finden, daß die Mannheimer Einwohnerschaft auch nur den geringsten Versuch gemacht hätte, von dem Kläger das Unglück abzuwenden. Der Grund des Stillschweigens über diesen Punkt ist lediglich darin zu suchen, daß die Einwohnerschaft Mannheims zum einen Theile selbst bei der Zerstörung mitwirkte oder derselben doch beifällig zusah, der andere Theil aber die moralische Kraft nicht besaß, dagegen aufzutreten.

§ 15.

Was schließlich den Grund betrifft, welcher den Richter I. Instanz zur Abweisung der Klage bewog, so geht derselbe dahin, daß die Angabe der Heimathsverhältnisse der Beklagten zur vollständigen Klagebegründung erforderlich sei, ferner, daß die vorliegende Klage um deßwillen verworfen werden müsse, weil an dem Verbrechen gegen den Kläger nicht blos Mannheimer, sondern auch Nicht-Mannheimer Theil genommen haben, woraus der Unterrichter den Schluß zieht, daß die Gesammtheiten der Einwohner aller derjenigen Gemeinden hätten belangt werden müssen, welchen die verschiedenen Thäter angehören.

Digitized by Google

Diese Ansicht des Unterrichters ist, soweit nöthig, bereits durch das in § 13 Vorgetragene zu widerlegen gesucht. Im Uebrigen scheint es mir, daß diese Ansicht des Richters I. Instanz nur als Beispiel dienen kann, auf welchen Abweg es führt, wenn man die Erörterung der Heimathsverhältnisse der Thäter mit dem Gesetze vom 1. April 1848 in Zusammenhang bringt.

Hiernach dürfte, nach Ansicht des Klägers, an der Begründetheit der Klage in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung, ein erheblicher Zweifel nicht gerechtfertigt erscheinen.

Mannheim, im August 1854.

Esser,
Obergerichts-Advokat.

Digitized by Google

Digitized by Google

3

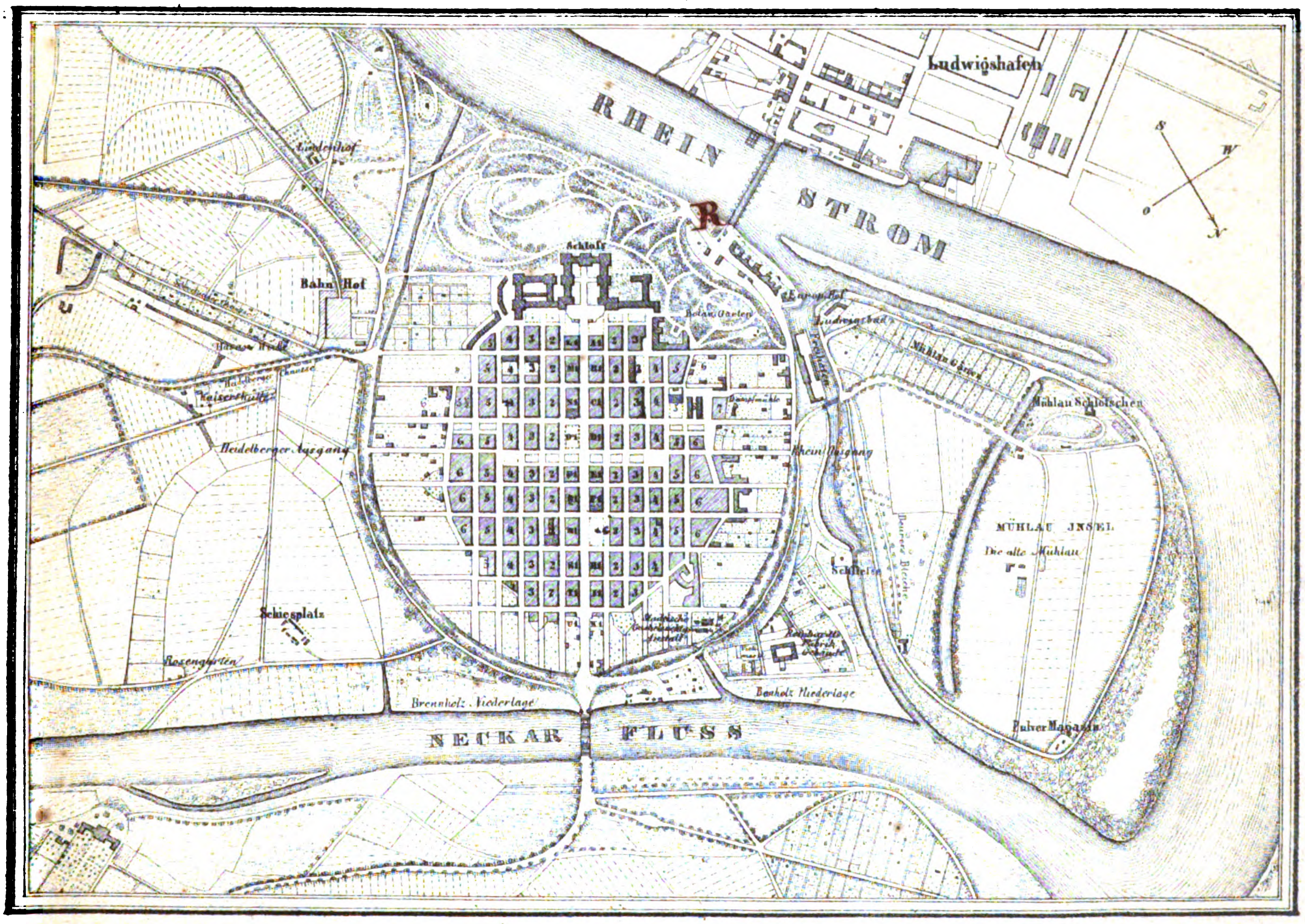
DISSERTATIO INAUGURALIS

QUAM

RECTORE ACADEMIAE MAGNIFICENTISSIMO AUGUSTO

AC POTENTISSIMO PRINCIPE

PLAN VON MANNHEIM.



Digitized by Google

Digitized by Google

Law. 3

DISSERTATIO INAUGURALIS

QUAM

RECTORE ACADEMIAE MAGNIFICENTISSIMO AUGUSTO
AC POTENTISSIMO PRINCIPE

AC DOMINO DOMINO

PARSONS LIBRARY, University of MICHIGAN

LEOPOLDO

MAGNO DUCE BADARUM, DUCE ZARINGIAE ET QUAE SUNT RELIQUA

ILLUSTRIS JURECONSULTORUM ORDINIS

PRO

SUMMIS IN UTROQUE JURE HONORIBUS

RITE CAPESSENDIS

DIE XII. MENSIS SEPTEMBRIS MDCCCXL.

EXAMINI SUBJECIT

AUCTOR

FRANCISCUS ALBERTUS FREYTAG,

GOTHANUS.

HEIDELBERGAE

TYPIS CAROLI GROOS, BIBLIOPOLAE ACADEMIAE ET TYPOGRAPHI.

MDCCCXL.

Digitized by Google

Digitized by Google

JOHANNO FRIDERICO FREYTAG, summi, qui res sacras et scholasticas curat, senatus consiliario eidemque a consiliis rerum publicarum administrandarum, patri pietatis documentum sacrum.

Praefatio.

Quand les hommes s'unissent en société, comme la société est désormais chargée de pourvoir à la sûreté de ses membres, tous se dépouillent en sa faveur du droit de punir. C'est donc à elle à venger les injures particulières en protégeant les citoyens.

Si doctrina de causis capitalibus tironibus in juris scientia ex more magis arridere solet, quam illa, qua de civilibus agitur, juvenum animus quam maxime tenetur in contemplando duelli crimine cujus perpetrandi variae imo plurimae inveniuntur causae, quodque, quae multorum est petulantia atque protervitas, saepissime committi omnibus constat. Frigido contemnentibus nobis animo, quem caedem extra duellum admisisse, quem furtum vel stuprum violentum fecisse cognovimus, excusandus videtur singulari certamine congressus cum adversario inferiore discedente vel plane succumbente, miserendus ejus, qui filium parentibus, fratrem sororibus, sponsum desponsatae, conjugem conjugi, patrem liberis eripuit. Unde haec indulgentia, unde clementia? Explicanda mihi videtur tum eo, quod pugnantes duello commisso mentem minus depravatam quam siccarii, fures atque per vim stuprantes manifestare solent tum eo, quod duella, quorum usus a quibusdam ordinibus privilegium magis, quam crimen solet

Digitized by Google

haberi, tam saepe conficiuntur ut, quidquid iis inesset insoliti vel novi paulatim evanesceret. Revera duellum infirmitatis cujusdam levitatisque est ducendum quibus plurimi homines permoti, quamlibet injuriam, quodcunque ab aliquo injuria possit haberi, duello commisso esse vindicandam opinantur. Propter quod quidem praejudicium, quo permulti iidemque doctissimi atque eruditissimi moventur, omnes fere legum scriptores, licet poenis tam acerbissimis et gravissimis, quam levissimis atque mitissimis, quin imo impunitatem remissionemve poenae adhibendo, crimini duellorum faciendorum occurrere studerent, plane nihil effecerunt, ita ut singuli, quod duellorum numerum, singulis superentur annis. Quod quum ita se habeat, quae sint difficultates vincendae, quaeque impedimenta superanda in opinione praejudicata impugnanda facile est intellectu. Ut satisfaciamus quaerenti, quot, ratione obiter inita, in Germania quotannis conficiantur duella, ponentes, ut circiter ducena ad trecena in qualibet germanica academia committantur, circa quaterna ad sena millia, exceptis militum et munera publica administrantium duellis quotannis haberi invenimus. Consequentias ex his certaminibus descendentes reputantem haud quidem fugiet, perpauca duellorum in tanto eorum numero, tantaque multitudine infaustissimam habere exitum, ut alter pugnantium praematura morte opprimatur, sed maximam eorum partem plane sine detrimento valetudinis duellantium fieri, nihilominus vero vulnera, quibus sauciati per totam reliquam tabescunt vitam praecipue in academiis, ubi litterarum studiosi non plagas sed ictus infligendo contendere solent crebrius pugnantibus inferri, satis superque constat. Itaque duellum nostrorum temporum macula mihi videtur, qua vix majorem eandemque hominibus honoris animique cultus gradu superioribus adhaerentem citarem, cujusque delendae studium omnibus probis et bonis curae cordique esse debebit. Quum publica, qua omnes fruantur securitas in civitate quam maxime sit spectanda singulis civibus ad arbitrium et quolibet modo sese defendendi potestatem, qua singulorum jura et obligationes turbarentur et confunderentur haud concedendam esse nemo est, qui contendat. Quam ob causam nulla in civitate degenti quam respublica potest praestare defensionem sibi ipsi vindicare est permissum Mirantem insuper, imo indignatum quemque reputantem, a quibus hominibus hoc crimen potissimum petrari soleat invenimus, quod illa certamina ab eruditissimis atque ad humanitatem informatis comittuntur, qui animi corporisque sanitati consulturi, qui jus aequitatemque sunt quaesturi ac tuituri, quibusve defendenda patria est demendata. Homines inculti politiorisve humanitatis expertes quin nullo fere tempore rixas inter se ortas duello conserto componere studu-

Digitized by Google

oriat, quis est qui dubitet? Quotus enim quisque agricola vel homo operarius ad injuriam sibi illatam, pluribus hebdomadibus mensibusve praeteritis, armis ulciscendam inclinabit? Hic aut parem referet injuriam, aut adversarium contumeliam facientem verberibus castigare studebit. Quae quum ita se habeant hominem non naturali sensu dignitatis suae, sed necessitate quadam cogente adversarii sui sanguinem profundendo famam vel illaesam servare, vel diminutam restituere ad duellum faciendum commoveri intelligimus. Si honor duello conserto defendendus vel recuperandus hominibus esset innatus, homo nondum ad humanitatem informatus, rusticus, ferus et rudis injuriam passus adversarium suum ad pugnam provocaret, quod vero pro rerum temporumque, quo vivimus, rationibus inauditum et novum quid nobis videretur, quoniam duelli usus virorum eruditorum litterisque excultorum semper habebatur privilegium. Quantum hominum praejudicio in dijudicanda duelli origine tribuendum, optime concludes ex variis notionibus, quas homines in diversis terris cum virtute fortitudineque conjungere solent, ita ut Germanis, qui in frontem adversarii sui pugnat fortis videatur nominandus, Itali vero caedem ex insidiis factam siccario honori cedere opinentur. Neque vero circumspicientem, ubinam rationem, qua opinioni praejudicatae occurratur deprehendat, fugiet, *omnibus probis* et *bonis* civibus duellum improbari, iisdemque quam maxime in optatis esse, ut inveterata illa, qua perversiorem vix cogitatione mihi fingere possem, extinguatur consuetudo, neque eundem praeterire poterit, permulta temporis decursu evanuisse praejudicia, quamvis fere omnium animos, quibus quasi inhaerere viderentur, cepissent. Ut exemplum afferam mentionem sum facturus humanarum hostiarum, tormentorum, ordaliorum, a quibus duella extrajudicialia, qualia nostris usitata sunt temporibus, originem duxisse videntur. At si quis duellum, per longissimum jam tempus, adeo per plura saecula usu servatum, quum singulis plura conficiantur duella annis, legibus etsi optimis atque sapientissimis extingui non posse contendat, hujusmodi dictis ab impugnanda detestabili illa consuetudine nos deterreri non pati infitias non imus. Quid enim stultius est, quid fere amentius, quam malum, cujus exstirpandi multae superandae sunt difficultates, hanc ob causam negligere, vel plane invictum agnoscere? Ceterum vel mores hodierni temporis impugnare videntur duellum, quippe quod vulgi opinione suffragante penitus est privatum. Nam quum prioribus temporibus certaminum avidissimus quisque multis secundo Marte consertis gloriaretur, quum se praedicaret atque jactaret de virtute sua, qua plures vita privavisset, nunc talem haud reperiremus, quum turpem vitam suam atque probrosam disciplinam ulli approbatum iri

Digitized by Google

vix posset sperare. *Conf.* de Pinnow Pétition contre le duel. Paris 1836. p. 7. Sunt etiam, qui minuto et demisso animo permoti dicant, duellum esse quasi impedimentum humanae perfectionis considerandum neque alio evidentius probari crimine, ut homines summum humanitatis gradum nullo tempore sint consecuturi. Si vero ulla sollicitudo, haec falsa est et vana habenda, cujus demendae causa in memoriam revocare sufficere mihi videtur, ut hominum perfectio longissima eademque vero certissima efficiatur via, qua re ex aberratione hominum, quo jure eos plane a virtute defecisse concludatur, intelligere non possum. Eo magis vero assiduum impigrumque in exstinguendo malo inveterato et pervagato collocare studium omnes decet, omnibusque cedit honori. Et revera nostris temporibus permulti viri juris peritissimi laudando flagrantes studio legum et rogandarum et ferendarum de supprimendo duelli crimine, multa effecerunt, multa sunt effecturi, praesertim quum variissimis modis et rationibus a legum scriptoribus duellum, an puniendum sit, an non, examinandum sit, quibus haud comparatis atque ponderatis quod maxime cum veritate sit consentaneum atque qua via eo, quo velimus, perveniamus nulli essent inventuri. Huc accedit, quod, si duelli usum invictum malum habentes impunitum feramus, hominibus ampliorum ordinum repugnantiam et contumaciam leges nihil curantem objicimus, eorumque talem esse morum pravitatem, *qualis* legibus frustra impugnetur, fatemur.

Jam indulgentiam et clementiam benevoli lectoris omnibus precibus petiisse volui, non ignorans, me librorum scribendorum plane ignarum, justam, fortasse asperiorem gravioremque collecturum esse reprehensionem his primitiis editis, quibus patefiet primoribus tantum labris jurisprudentiam me gustasse, tantumque abesse, ut penitus eam cognitam habeam, ut e contrario cognitiones meae, si quas paraverim, quam sint leves atque exiguae in lucem protulerim. Nullam nimiae festinationis meae in tractanda materia levitatisque opinionum, quas allaturus sum excusationem, excepta una, quod tempus conficiendae dissertationi constitutum terminis nimis angustis erat circumscriptum mihi proferendam esse credidi.

Nihil est cur materiam nobis explicandam de crimine, quod duellum vulgo dicant, inutilibus ornem commendationibus, nam se ipsa commendat; nihilominus lectoris animum ad magnam ejus utilitatem adtendendum putavi, quia legum scriptores operam quam potuerunt maximam in exstinguendo duelli usu collocantes in aliis civitatibus paululum,

Digitized by Google

in aliis plane nihil effecerunt, ita ut proximis temporibus difficillima quaestio sit proposita, quo potissimum modo duellum possit exstirpari. Quam quidem animo agitanti facillime est intellectu multo majorem metui ignominiae, quam poenae, etsi gravissimae inesse vim homines ad faciendum omittendumve commovendi. Jam transeamus ad indagandam atque explorandam duelli originem, quam ex antiquissimis deducendam esse temporibus multi jurisconsulti sunt arbitrati. Nec vero ullus scriptor testis est, duellum apud veteres, atque praecipue in Graecia aut in imperio Romano in usu fuisse. Ut exemplum viri pugnacissimi atque fortissimi afferam, Achilles ante omnes mihi videtur nominandus, quem, ignominia accepta, lacrymas profudisse scimus; eodemque fere jure Julii Caesaris mentionem facturus sum, quem ebrietatis argutum, atque juventutem suam Bithyniae regi vendidisse accusatum, gladium in vaginam recondidisse cognovimus. Non plane dissimilia duellis hodieque usitatis certamina singularia, antiquissimis temporibus consueta, fuisse videntur, quae duo milites, vel delectu destinati, vel sorte ducti ita inire solebant, ut victoriae fortuna a felici et fausto hujus pugnae eventu dependeret. Notissimum illud exemplum Horatiorum et Curiatiorum lectoris obversabitur animo. Nihilominus vero vehementer erraret, qui illius temporis pugnas cum *nostris* confundens illas his pares judicaret. Nam tunc unus pro gloria militum, pro dignitate populi, pro salute omnium dimicare, illa aetate magno animo, amore patriae et communis utilitatis accensus eoque certare consilio ut praesentes procinctique exercitus majorem evitarent caedem, ut milites vitam reipublicae debitam tam diu servarent, quam integra civitate possent; tunc non solum victor laudes assequi, sed etiam qui inferior discessit, dummodo fortem ac strenuum se praebuisset militem. Quid dicam de hodierni temporis duellis? Quibus res a duellantibus (quo quidem verbo duello confectores appellare mihi liceat) gestas efferam laudibus? Nostra enim certamina duella dicta in occulto, propter offensiones contemtione potius, quam armis puniendas, propter nugas et altercationes solent haberi. Quibusnam colendus est honoribus qui adversarium suum fortasse reconciliatum vulneravit, quamnam gloriam sodalis ex interfecto sodali, vel etiam amicus ex necato consequitur amico? Illa aetate magistratus certamen singulare omnibus ornabat honoribus, sacerdotes ceremoniis ut ita dicam consecrabant; quisnam hodie duellum rationibus ad persuadendum appositis defendere conabitur? Posterioribus temporibus perversa exorta est sententia, Deo juvante, in litis dijudicandis eum esse obtenturum, qui justam causam haberet, quapropter partes controversiam inter se habentes aut pugnae conserendae se offerebant,

Digitized by Google

ant, si causa difficilioris erat indaginis, ad explorandum, quid verum esset, a judice oblatum inibant certamen. Montesquieu, Esprit des lois, l. 28. c. 18., haece pugnas judiciales eum in finem esse introductas contendit, ut jurumjurandorum abusui, qui irrepuisset, occurreretur. Quod quidem certamen judiciale, coram judice initum, ut cognoscere posset, num crimen subesset, nec ne, vel num controversia pro actore dirimenda esset, an pro reo apud omnes a Germanis oriundos populos reperiri constat. Germani certamina singularia, quae Dei judicia vel ordalia nominantur, a Burgundionibus acceperunt, qui Gallia occupata in Gallos ea transtulisse feruntur. Conf. leg. Burgund. tit. 35. Mulierum, senum, infantum, sacerdotum, qui contendere non valebant, erat pugnatores mittere, qui illorum vice, certamen juvenili aetate dignum committerent. Quoties vero pars condemnata in sententia judicis non acquiescens venalem ei animum vel injustitiam ei objecisset, toties hic cum conviciatore in arenam debebat procedere. Quae quidem Dei judicia, quibus variae institutiones alius generis, exempli causa experimentum, quod dicunt per ignem, vel per aquam substituebantur, per longum tempus in usu fuisse, quamvis immania eademque absurdissima omnibus viderentur, in vulgus est pervulgatum. Sed dissimillima illius atque nostri temporis certaminum erat indoles; tunc enim nulli, nisi pugnam conserendo, locus dari solebat veritatem investigandi viae, nec ulli licebat certamen ineundum recusare, nisi causa cadere mallet. Quosnam nunc qui victor extitit ex duello admisso percipit fructus? Nonne duellum confectum ei incommodo potius erit, quam commodo, nonne dedecori potius, quam decori ei cedet? Quotusquisque vero minoris aestimabitur, nisi ab hominibus depravatis et perversis, quoniam provocatus pugnam detrectavit? Jam modum ac rationem, qua tunc Dei judicia exercebantur explorantes nec minus illa, quam alia certis regulis ordinari solere invenimus judicia, ita ut nemini, qui praesentibus pluribus hominibus crimen perpetrasset certamine singulari confecto innocentiam suam probare liceret. Nam si in vulgus erat pervulgatum, reum crimen fecisse, vel si quis in delicto admisso deprehendebatur, inquisitione generali, quae dicitur, omissa, leges in hominem maleficum applicatas fuisse scimus. Veruntamen terribilem in modum illis temporibus certaminum singularium judiciis introductorum atque quodammodo fautorum numerus coepit augeri. Jules Jolly in libro suo: Du duel et de sa législation. Paris 1838. p. 9. Pourquoi, ait, nous trouvons nous en ce moment dans la nécessité de combattre un fléau, qui aujourd'hui déshonore notre société, lui, qui autrefois était regardé comme une volonté divine? Car il ne faut pas s'y tromper, c'est à la réligion,

Digitized by Google

unie à la religion incomprise, qu'il faut attribuer l'origine du duel. Historiam offerre mihi liceat, qua, etiam principes duelli usui studuisse, sive ipsi pugnarent, sive tantum certaminum singularium auctores amantesve existerent, manifestius apparet. Othonem, Imperatorem, anno 968 cum Germanorum comitibus nobilibusque magnas de instituendo jure repraesentationis habuisse deliberationes, Sigebertus, monachus, memoriae prodidit, quarum disceptandarum gratia doctores doctissimi consulebantur. Quibus in consilium adhibitis quum res nihilominus dubia eademque abstrusa videretur, Imperator, longis inutilibusque consultationibus fatigatus liti finem imponere apud animum constituens duos nominavit pugnatores, qui alter pro alter contra jus repraesentationis certarent. Illum victorem e pugna evasisse, qua re tam sibi ipsi, quam instituendo juri repraesentationis paravit victoriam, cognovimus. Ab eo inde tempore papae, episcopi et concilia execrationes atque anathemata et provocantibus et provocationes accipientibus denunciare, nec non imperatores regesque ad delendum duelli crimen se conjungere, sicuti Luithprandus, Longobardorum rex, Fridericus I. constitutionibus Siciliae statutis, Fridericus II. in Austria, Eduardus in Anglia, Ludovicus sanctus in Gallia operas suas licet inutiles in supprimenda impendere duella. Conf. Miguet: *De la féodalité* des institutions de St. Louis et de la législation de ce prince. Paris 1822. Beugnot: Essai sur les institutions de St. Louis. Paris 1822. Quo factum est; ut paparum constitutionibus atque edictis saeculo tredecimo datis et jurisdictione emendata certamina judicialia sicut alia Dei judicia vel ordalia pedetentim coercerentur eorumque loco ludicra equitum certamina haberi inciperent. Quum tandem ludus equestres una cum equitibus illius aetatis evanuissent, duella demum talia sunt exorta, qualia nostris temporibus fieri scimus. In Germaniae universitatibus litterarum ante bellum per 30 annos gestum nullum duellorum confectorum vestigium est repertum. Jam ratione, qua duellum originem duxerit latius explicata, animum ad rem vere memorabilem convertamus. Cuinam mirum non videatur, duellantes ad unum fere omnes superioribus ordinibus esse adscriptos et revera incredibile est, duellum per viros humanitate politos eosdemque solos perpetrari, incredibilius vero, per plurimos annos imo per duo saecula hoc crimen in usu fuisse, quum laesi magnum animum, offensiones, quibus laedentis mala et detestabilis manifestatur animus, nihil curantem probare probro atque dedecori esse semper solerent opinari. Quod quum vero ordaliorum ad indagandam veritatem institutorum utilitas quaedam exstitisse videatur, nostra duella qua re, queve

Digitized by Google

modo prosint, me plane nescire non erubesco. Huc accedit, quod singulis paene annis plura committuntur duella, quibus sollicitati parentes pavore quodam et anxietate animi turbati filios suos omni vitae experientiae saepius expertes ad altiora studia colenda in academiam se conferentes solent dimittere. Et profecto multo major parentum existeret anxietas, si quam multa duella conserantur comperirent, si juvenem quietissimum quemque, maximeque concordiae studio ornatum pro rerum temporumque conditione quodammodo coactum esse posse sodalem laedentem provocare aut hujus provocationem accipere, scirent. Quis igitur preces sororum fratrem in academiam, multitudine duellorum confectorum famosam abeuntem etiam atque etiam rogantium, ut duello se abstineat, stultas ac inanes dicere audebit? Licet enim plurima duella nullo vulnere graviore facto, conficiantur, quin ictus pulmonibus inflicti, quibus vulneratus per totam suam vitam laborare atque plane inutilis reddi possit ad labores contentius subeundos, saepius fieri soleant nulli dubitamus. Nihil dicam de iis, qui gladio transfixi aut continuo, aut nonnullis diebus hebdomadibusve praeteritis extremum vitae spiritum ediderunt, quia satius duco silentio praetermittere, quod omnibus animo obversatur. Multo rarius, adversariis caesim pugnantibus, graviora vel mortifera inferri solere vulnera, ita ut sauciatus plagis, nisi temporibus illatis quod ad valetudinem ut fere fit nullum capiat detrimentum, quamvis vultus suus iisdem valde possit deformari, omnibus constat. Jam rationes allaturus sum, quibus permoti multi viri praeclara eruditione atque doctrina ornati, duelli usum ut malum quodammodo necessarium ferendum ac retinendum, imo vero etiam commendatione adjuvandum esse censent. Nougarède de Fayet in libro suo: *Du duel sous le rapport de la législation et des moeurs*. Paris 1838. pag. 34. Duellum inservire, ait, tam ulciscendis quam prohibendis offensionibus, multumque conferre ad observantiam, quam aliis debemus, sustentandam, integramque sui ipsius existimationem servandam. Mihi liceat sua ipsius afferre verba: Le duel sans doutes a des dangers, il est sujet à des abus, mais de quoi donc les hommes n'abusent ils pas? n'ont-ils pas abusé de la liberté même. Le duel a des dangers! eh! qu'on me cite donc une institution, si utile et si élevée qu'elle soit, qui n'ait pas les siens: n'est ce pas à force de travaux et de périls, que nous avons conquis ces droits, qui nous sont si chers? Licet, quod sit auctoris laudati ingenii acumen, quo materias vel difficillimas solet tractare, nullas ignorem, argumentationem modo allatam nulla ratione mihi comprobari infitias ire non possum, quum quodvis duellum abusus mihi videatur juris se suosque contra infestos aliorum defendendi impetus, quia causae suae tuitio legibus

Digitized by Google

omnino vetita est, nisi republica quaerenti tutelam praestare non valente. Quis vero in dubitationem vocabit, quin duelli usus certis regulis ac legibus coercitus mitioribus plectendus sit poenis, quam quum quasi extra cancellos egressus nimium jam invaluerit. Neque non Fayet in alio versari mihi videtur errore, quum utilitatem et necessitatem duelli ex eo conjecerit, quod etiam duellis alienissimi imo inimicissimi ad hanc rationem controversias suas dirimendi soleant advolare; nam necessitate constitutum esse existimat, quod potius infirmitati atque imbecillitati hominum est attribuendum. Sunt quoque qui duelli usum eo comprobandum esse contendant, quod honor et fama vitae sit anteponenda. Sed quo jure existimationem, qua gaudemus, laesam habemus, si homo ebrius ignominia nos affecerit, si juvenis certaminum faciendorum avidissimus aut iracundia inflammatus vel vultibus mutatis, vel acerbis dictis vel asperioribus et pungentibus facetiis ad duellum conficiendum nos incitare studuerit, si denique homo rudis et impolitus verberando vel feriendo eundem quem ille assequi voluerit finem? Existimationem integram retinebit, optimeque famae suae consulet quicunque ejusmodi offensiones justa sua castigabit contemtione. Insuper respublica aptissimam nobis suppeditare solet viam rationemque, qua adhibita contra omnes injuriarum auctores nos defendere possumus. Alii duellum defendunt, quod cives duellis commissis arma ex arte tractare discere, quod habilitatem corporis exerceri, robur viresque confirmari, fiduciam quandam virium et contemtionem vitae nasci, arbitrantur. Quae quidem commoda, duelli usu valente adipiscenda, revera tanti mihi videntur aestimanda, quantis facile ad concedendum vel etiam ad probandum duellum permoveri possem, si eadem alia nos consecuturos sperare non possemus via. Nonne vero milites aliis iisdemque minus periculosis uti possunt armorum exercitationibus, nonne verus animus hominibus innatus atque natura insitus, ita ut duellis saepius confectis neque excitari soleat neque confirmari? nonne qui plurimis certabant duellis saepissime inhabilissimos, adeo ignavos se gerebant milites? Quotaquisque occasio vero seriori vita exercitationem, quam nacti sunt, animumque manifestandi solet offerri juvenibus, qui ad munus publicum gerendum informantur, qui jurisperiti, sacrorum antistites, medici aut viri docti patriae operas suas sunt navaturi? Quod ad rationem, a quibusdam jurisconsultis allatum, ut militibus et litterarum studiosis duellum opus esset, quia sodalitate quadam conjuncti viverent, quae duella requireret, me intelligere non posse, quam ob rem sodalitas, duelli usu non valente, existere nequiret, infitias ire nolui. Nam experientia edocti scimus, veteres

populos, neque non Graecos et Romanos duellum tale, quale nunc confici solet, plane ignorasse, nihilominus vero probitate, magno amino, virtute primum inter omnes et obtinuisse et adhuc obtinere locum, intimasque amicitias et sodalitates contraxisse. Si vero, quo absurdius ineptiusque nihil cogitari potest, opinionem praejudicatam secuti cum tantum probum ac bonum haberemus hominem, qui provocatus duellum conserendum suscipere aut ignominia affectus adversarium suum provocare non dubitaret, probitas de armis scite tractandis dependeret, atque facillimus quisque ad pugnas ineundas probissimus optimusque esset ducendus, indeque consequeretur, ut pessimus quisque idemque pravissimus impunitus existeret, imo dignus censeretur, qui laudibus efferretur, dummodo gladium perite vibrare calleret. Apud Romanos gladiatores, qui quotidie immanem praebebant animum, fortitudini, ne dicam audaciae vel temeritati, haud dissimilem, contemti vivebant, repudiatique, licet intrepidum atque timoris plane expertem saepius ostenderent animum. Clarissimus Mongalvy (Nouveau projet de loi sur le duel. Paris 1833. p. 15.) optimo jure, duellum ideo quoque esse reprobandum contemnendumque dicit, quod honoris naturae repugnaret, ut vir armorum tractandorum plane imperitus provocationem multo magis versati in arte rudibus batuendi susciperet. Fortasse lectorem benevolum, quid Montesquieu amplissimus de certaminibus singularibus senserit, cujus verba duelli usum spectantia allaturus sum, cognoscere juvabit. Entre les citoyens, celeberrimus ille scriptor dicit, le droit de la défense naturelle n'emporte pas avec lui la nécessité de l'attaque. Au lieu d'attaquer; ils n'ont qu'à recourir aux tribunaux. Ils ne peuvent donc exercer le droit de cette défense que dans les cas momentanés où l'on serait perdu, si l'on attendait le secours des lois. Mais entre les sociétés le droit de la défense naturelle entraine quelquefois la nécessite de l'attaque, lorsqu'un peuple voit, q'une plus longue paix en mettrait un autre en état de le détruire, et que l'attaque est dans ce moment le seul moyen d'empecher cette déstruction. Porro a multis jurisconsultis ad defendendum duellum in medium proferri controversias, quibus saepius amicissimi ab amicitia averterentur, duellis confectis dirimi, simultates, licet per longissimum tempus exercitas, in perpetuum componi solere, nemo est qui nesciat. Sed primum ansam duelli non utique, imo rarius in inimicitia inter sodales exorta, esse quaerendam maxime inde patet, quod amicissimi saepius duello contendere adeoque usque ad conserendam pugnam amantissime inter se vivere solent. Tum vero nemo in dubitationem vocabit, quin inimicitiae simultatesque duorum adversariorum gratia reconciliata prosperiore cum successu dirimantur, quam duello ab

Digitized by Google

eisdem admisso. Eandem sententiam protulit illustrissimus de Savarin his verbis locutus: Il est rare, que les haines survivent à un combat après lequel on est obligé d'estimer celui, qui a offert satisfaction de bonne grace. — Omnibus fere excusationibus, quas ad defendendum duelli usum a doctissimis prudentissimisque viris allatas esse compertum habeo, pro viribus meis, licet exiguissimis, refutatis, ut unicae adhuc eidemque majoris momenti respondeam restat. Miles, imprimis vero dux militum (quorum privilegium duellum solet haberi) ignavia vel timiditate objecta, quo quidem vix gravius militi potest inferri probrum, quoniam eo prima et ante omnes alias necessaria ejus virtus in disceptationem vocatur, quin duello commisso probrum falsum et iniquum quodammodo probaverit, non est, quod dubites. Quam quidem excusationem in duellis, a viris alii ordini adscriptis, perpetratis jure afferri non posse nemo negabit. Nam neque tanta animo cogitari potest injuria pagano illata, quanta militi objecta ignavia censenda est, neque ullum aliud, quam ignaviae probrum duello confecto falsum ac temere jactum quodammodo probatur.

Certissimi vero juris est, duellum eo leviore plectendum esse poena, quo gravior exstiterit offensio antecedens, quae provocationi ansam praebuerit. Ceterum militem cognita virtute atque probitate duellum recusentem optimorum quorumque comprobatione laudibusque esse fructurum mihi persuasissimum est, quum gravitatis et liberalitatis sit injuriam acceptam non ulcisci, minuti vero angustique animi humiliore, ultione supersedere non posse. Jam ad aliam benevoli lectoris animum convertere mihi liceat quaestionem revera haud indignam, quae accuratius disquiratur atque investigetur. Ex quibus causis, undeque plurima emanare solent duella? Omnibus fere duellis ex more laesionem quandam existimationis factis verbisve illatam, factumve, quo quis violatum se putaverit; quamvis revera nullam laesionem contineat, antecedere solere ad unum omnibus constat. Quodcunque vero sub honoris laesione sive injuria sensu strictiore intelligendum sit certis verbis vix explicari posse mihi videtur, nisi generali acquiescimus definitioni, qualem hanc fortasse proponerem: factum verbumve legibus contrarium, quo quis alium, quod ad ejus jura existimationis vel famae offendit. Sed res difficillima est singula facta, quibus homines uni eidemque ordini adscripti injuriantur enumerare, plane impossibilis recensere, quibus omnino hominum, cujuscunque conditionis sint, existimatio violatur. Hue fere omnia ad contumeliam accipiens se violatum putabit, si quis consuetam urbanitatem neglexit minusve comiter et officiose se gessit, ille contra aspere dicta et convicia, quantumvis sint gravia, nihil curabit. Alius qui os adversarii

Digitized by Google

percussit, ipse utut antea verbis graviter laesus, jus arma eligendi, quibus in certamine ineundo uterentur, sibi vindicare conabitur. Itaque omnes offensiones, prout graviores asperioresve vel leviores atque minoris momenti sunt, in varia genera dividendas esse censeo, quod alioquin tales puniendae essent, quales sentiuntur. Quid vero incertius est atque infidius sensu, quid varius et mobilius ingenio humano? Distinguendae nobis videntur laesiones, quae utique poenis sunt vindicandae, quibusque illatis existimatio ex vulgi opinione violatur a factis dictisve quae, quum a nemine nisi laeso injuriarum instar considerentur, nulla poena plecti possunt.

De Chatauvillard comes jurisperitissimus (vid. Essai sur le Duel. Paris 1836.) discernit l'offense, l'offense avec insulte grave et l'offense avec coups ou blessures, ita ut pro vario offensionis genere laeso certa oriantur jura ac privilegia, quibus in conserendo duello fruatur. Leviori injuria affecto armorum eligendorum potestatem dari, gravioribus et atrocioribus contumeliis offenso et arma quibus in certamine pugnetur eligere et genus duelli statuere licere, verberibus percusso aut vulneribus, insuper, quantum inter se et adversarium suum intercederet spatium in conficiendo duello, ex arbitrio suo decernere permissum esse debere, justis de causis defendit. De gravioribus injuriis nec ullum verbum faciendum mihi videtur, quum, quo majores inferantur, eo minus laesionem quandam subesse possit negari. Quae quantaeque nugae vero multis, imo plurimis offensioni esse soleant plane a fide abhorrere videtur; nam vox per jocum dicta, dissensio ulla de re nata, neglecta consueta urbanitas sufficit ad commovendum virum genere nobilem praesertim militum ducem, ut eum, per quem se violatum putet, provocet ad pugnam ineundam. Etiam difficiliores ac morosiores se praebent litterarum studiosi, qui omnia ad contumeliam accipientes saepissime nihil curant, num causa aliqua duelli faciendi, quodammodo excusanda, existat, an non; quibus, quodcunque innocentissimo dicitur animo, injuria crebrius videtur, qui, ut exemplum afferam, si quis iis blandiretur aut laudes tribueret, malum supponentes animum ejusmodi dictis se offensos putare solent. Neque non plurimorum duellorum causam in inhabiliore se gerendi ratione aut in inscientia quadam vitae esse quaerendam neminem, aliquamdiu in academia versatum, fugiet. Item silentio praetermittere non possum, quantumvis velim, maximum duellorum numerum nasci e juvenilis aetatis fervore, ex ebrietate, vel vano multis duellis factis inter sodales excellendi studio. Et tantum abest, ut, quo graviores existant injuriae, eo plura committantur duella, ut e contrario Livingston celsissimi sententiam secutus contendere ausim, rarius ea

majoribus exprobratis criminibus, quam ex objectis levioribus delictis duella originem ducere, quoniam gravioris sceleris accusato sese defendendi crimenque propulsandi facultas a civitate omni tempore datur, respublica vero minus curat de exiguis delictis atque de leviore damno, laeso ejusmodi facinoris accusatione, illato. Conf. Opinion de M. LIVINGSTON sur le duel et sur la manière de la réprimer. Paris 1829. p. 7. Neque non injuria affecti viam facti tardiori legitimae viae jus suum adipiscendi ideo anteferre solent, quod pro certo haud sciunt, an judex de laesionibus et offensionibus existimationis idem sentiat, nec ne. Nam quo jure quodcunque factum, quaelibet vox legibus puniri potest, quibus se laesum quis dicat? Nonne hac re factum verbumve innocentissimum in poenam incurreret?

Jam ad rem majoris momenti nos convertamus, in qua fortasse causa est quaerenda, cur in Germania abhinc pluribus annis duellorum usus tantopere crescat. Nempe temporibus, quibus cives ad res graviores cogitationes intendunt; exempli gratia ad defendendam patriam, duella multo rariora esse, quam tempore otii et pacis; experientia cognovimus. Vid. BATAILLARD: Du duel p. 60. Porro notatu quam maxime dignum mihi videtur, quantum tempora et conditiones, quibus vivimus, conferant ad committenda vel *omittenda* duella. Multae offensiones, multaeque acerbae atque mordaces voces, sive animo injuriandi sparsae, sive non, nisi praesentibus aliis hominibus fuissent illatae, nullo modo duellorum perpetrandorum causa existerent. Quid enim juvenis alius auctoritati et voluntati obnoxius, patrono suo ne dicam domino jubente, facere recusabit? Nonne facillimum se praebebit ad ineundam pugnam, quum ei timendum sit ne, certamine recusato eos offenderet, ex quorum arbitrio pendet, quorumque animus opinione occupatus tenetur, omnem laesionem sanguine fusa esse ulciscendam. Itaque maximam afferret utilitatem, si juvenes alienae adhuc potestati subjecti, per parentes et magistratos suos docerentur, quibus de causis duelli usus potissimum vituperandus sit, atque bonas acciperent instructiones de optima vitam hominibus ac rerum temporumque conditioni accomodandi ratione. Vid. PINET: Le duel en jurisprudence et en législation. Paris 1829. p. 289 seq. Jam difficillimam eandemque saepissime in disceptationem vocatam quaestionem de optima duelli puniendi ratione propositam habemus, cujus dissolvendi gratia ante omnia statuendum mihi videtur, quod sub voce duelli sit intelligendum. Qua propter hanc fere definitionem benevolis lectoris sapienti commendarem judicio. Duellum est certamen duorum hominum armis absolute mortiferis eoque consilio initum, ut existimatio vel fama alterius aut laesa restituatur aut illaesa servetur,

Digitized by Google

sive: pugna de qua convenit inter duos homines armis absolute mortiferis ad restituendum, quem laesum putant honorem atque secundum certas praestitutas regulas facta. Dua duelli voce sensu latiore continentur pugnae genera, tam duellum significatione modo allata, quam certamen singulare mutue et inopinatu impetu ortum. Conf. Feuerbach, jus criminale §. 190. Martin, jus criminale §. 249. Heffter, jus criminale pag. 393. Quam quidem quaestionem, an duellum, puniendum, quibusque plectendum sit poenis ex jure communi plane integram et dubiam relictam esse plurimorum eorundemque illustrissimorum una est sententia jurisconsultorum. Conf. Mittermaiers cels. *Aufsatz im Archiv, neue Folge. I. S. 340.* Nihilominus vero locos juris romani ad defendendam contrariam, sententiam laudatos consideremus ac perscrutemur necesse videtur. In lege 14. §. 6. D. de bonis libertor. XXXVIII. 2. agitur de auxilio, jure communi non utique vetita, quod patroni filius sibi ipse tulit, quodque hoc loco eo excusatur, ut filius impetu liberti ad certamen provocatus et incitatus subtiliter secum reputare non possit, quatenus auxilium sibi ipsi ferre liceat. Duellum, lege ac ratione adjumenti, quod quis sibi ipse attulit, nullo modo judicari posse infra demonstrare studebimus. Praeterea conf. Feuerbach jus criminale §. 190. in nota. Heffter jus criminale pag. 393. Neque lege 7. §. 4. D. ad leg. Aquil. IX. 2. duellum vel poena vacuum vel animadvertendum esse, probari mihi videtur, quod Romanorum luctatio pugnarumque usus permissa corporis exercitatio erat, cujus finis nostri temporis exercitationibus armorum militum et arti gymnasticae a juventute cultae maxime responderet. Altero autem pugnantium interfecto, alter poena solutus erat, quippe qui habiliorem aptioremque ad defendendam patriam sese reddendi officio satisfaciens, majori utilitati publicae minorem postposuerat salutem privatam. Nec vero ulli verba: „plane si cedentem vulneraverit, erit Aquiliae locus,“ legenti, quin pugil romanus poenam subiret, si ira aut malitia ductus adversarium occidisset, dubitatio potest afferri. Lege 1. §. 6. D. de postulando III. 1. Romanos ex robore corporis atque fortitudine sua lucrum facientes alieno nomine agere vetitum est. Denique lex 3. D. de bonis eorum, qui ante sint. XLVIII. 21. immerito ad duelli usum trahi mihi videtur, quum tantum de morte voluntaria, quod ad naturam et indolem facinoris a duello dissimillima, in hoc loco agatur. Quibus quidem legibus, quae a multis ad duellum poena vel dignum vel indignum probandum proferri solent, breviter refutatis ad jus canonicum nos convertamus, quo praesertim edicta ad clericos et sepulturas pugnatorum in duello occisorum spectantia continentur. Conf. J. H. Boehmer, Jus ecclesiasticum Protestantium. Lib. III. t. 28. §. 50. c. 1. et 2. X. de torneamentis

Digitized by Google

V. 13. — c. 1. et 2. X. de clericis pugnantibus in duello V. 14. et Conc. Trident. sess. 25. de reform. c. 19. quo quidem statuitur," ut omnes principes quorum in territoriis iis conseiis monomachia conficiatur, eo ipso sint excommunicati ac jurisdictione et dominio civitatis, castri, aut loci, in quo vel apud quem duellum fieri permiserint, quod ab Ecclesia obtinent, privati intelligantur, et si feudalia sint, directis dominis statim acquirantur. Qui vero pugnam commiserint, et qui eorum Patrini vocantur; excommunicationis ac omnium bonorum suorum proscriptionis ac perpetuae infamiae poenam incurrant, et ut homicidae juxta sacros Canones puniri debeant. Et si in ipso conflictu decesserint perpetuo careant ecclesiastica sepultura. Illi etiam qui consilium in causa duelli, tam in jure quam facto dederint, aut alia quacunque ratione ad id quemquam suaserint, nec non spectatores excommunicationis ac perpetuae maledictionis vinculo teneantur, non obstante quocunque privilegio, seu prava consuetudine etiam immemoriali."

Maximam in exstinguendo duelli usu collocabant operam papae NICOLAUS (an. 858), ALEXANDER III. (an. 1172), conf. c. 1. X. de clericis pugnantibus in duello V. 13. COELESTINUS (an. 1191 et 1195) c. 2. X. eod. JULIUS II. (an. 1505) vid. liborum sept. Decretalium *lib.* V. t. 17. c. 1. LEO X. (an. 1513) c. 2. eod. Quod ad juris canonici locos duelli usum spectantes canonumque auctores dissertationem inauguralem de duello ejusque puniendi ratione (Groningae 1830) praesertim pag. 27 — 33. doctissimi viri JOHAN. WICHERS Quintus magnopere commendasse volui. In CCC. nullam invenimus legem, qua duellum aut permitteretur, aut interdiceretur, quum articuli 139 et 145, qui a quibusdam jurisconsultis ad sententiam contrariam firmandam et probandam allegari soleant, de inculpata tutela loquantur, inter quam et duellum magnum intercedere discrimen luce clarius est. Unicum habemus decretum in Comitiis Germanici Imperii datum, qua de quaestione proposita agitur. Quo quidem statutum fuit, ut duellum attentatum, licet sine caede commissum, infamia et pro rerum temporumque rationibus, relegatione, fustigatione, ultimo supplicio plecteretur; duellum vero, quod mors fuerit insecuta, ita coerceretur, ut qui occidisset, sive fuerit ipse provocans, sive provocatus tantum, sive auctor rixae, sive minus homicidii poenam sustineret. Praeterea interfectus asinina sepultura erat afficiendus (vid. c. 1. 2. X. de torneamentis V. 13.) neque sociis poena remittenda. Vid. *Reichsgutachten vom 30. Juli 1688 und Kaiserliches Cammerdecret vom 22. September desselben Jahres.* Sed in magna varietate et

dissensione jurisconsulti de hocce decreto versantur, cui alii legis vim tribuendam esse affirmant, alii negant. Qui legis vigorem ei ascribunt, hoc praecipue utuntur argumento, quod consultum illud decreto Imperatoris d. d. 19. Decembris 1668 utpote legis vim habens fuerit agnitum. Inter hos prae ceteris nominandi sunt J. H. Boehmer, *Jus ecclesiasticum Protestantium*. Tom. II. pag. 1084. Koch, Compendium juris criminalis. §. 421. Klein, *Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechts*. §. 287. Salchow, *Lehrbuch etc*. §. 504. in nota I. Nihilominus judici ex jure communi dijudicanti hujus decreti rationem ducendi potestas deneganda mihi videtur, quum idem unquam esse promulgatum vix possit probari. Conf. clarissimi Mittermaier commentationem subtilissimam hac de re tractantem (*Archiv des Criminalrechts. Neue Folge. I. Band S. 340.* celsissimi Rosshirt, *Geschichte. II. S. 175.*) quoniam omnes hac lege teneri haud putabatur et quod ordines imperii germanici anno 1680 contradictionem suam ei opponebant. Cujus quidem sententiae mihi probatae praeter Mittermaier et Rosshirt viros amplissimos multi doctissimi jurisque peritissimi extiterunt defensores ut C. A. Tittmann, *Handbuch der Strafrechtswissenschaft*, §. 265. in nota (a); A. Bauer, *Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft*, §. 335. in nota d. Quae quum ita se habeant, quaeritur, cuinam duellum aequiparandum atque adnumerandum sit crimini, quibusque suppliciis sit plectendum, si legibus specialibus in aliqua terra peculiares poenae duello certantibus pronunciatae haud inveniantur. Parem rationem inter duellum et mortem voluntariam intercedere, eoque illius impunitatem consequi jurisconsultorum nullus contendere perget. Nam si vix plures reperirentur, quibus duello facto adversarios suos interficiendi esset animus, inauditum et novum esset habendum, si quis duellum eo consilio iniret, ut mortem oppeteret. Plurimi nec ullam sibi illatam contumeliam se perpessos esse aut omnino duellum faciendum non recusavisse dicundo contenti, rerum temporumque rationibus quodammodo adacti, pugnare solent. E contrario quidem nemo in dubitationem vocabit, quin omnibus temporibus invenirentur et adhuc possent inveniri, qui magnam adeo maximam ex duellis confectis vel ineundis capiant laetitiam atque voluntatem, quum quidam homines nullis, nisi rebus absurdissimis et ineptissimis oblectari videantur, sed talium minimum existere numerum contendere ausim. Maxime de consilio et animo eorum, qui duellum perpetraverunt, judicanti considerandam commendarem naturam offensionis duellum antecedentis exquirendumque pugnatorum ingenium atque indolem, quibus cognitis ne vehementius erret, vix est metuendum. Contumelia graviore et acerbiore affectus atque odio iraque

Digitized by Google

inflammatus propensiorem praebebit animum ad adversarium vel gravius vulnerandum, vel etiam occidendum, quum praecipue in duellis litterarum studiosorum, quibus duellorum faciendorum studium ut liberis pietas erga parentes innatum et natura insitum esse videtur, adversarios suos interficiendi animus ex more nequaquam sit praesumendum.

Nam si quis vulnere adversario illato in sinu gaudeat, propterea tantum laetitia quadam afficitur, quod hac re a sodalibus suis victor habetur, et peritiam dexteritatemque armorum tractandorum manifestavit. Maximo vero numero certantium sufficit duellum fecisse, sive adversarios vulneraverint, sive minus, nihil aliud spectantes, nisi ut ignaviae officio occurrant. Aliam sententiam de puniendo duello defendit celsissimus Jolly, Du duel et de sa législation. Paris 1828. pag. 21. Duellum crimen esse, contendit, ex homicidio et morte voluntaria compositum. Cui quidem sententiae variis permotus rationibus subscribere non possum. Primum pugnans ut fere fit neque adversarium suum vita privare intendet, neque per eundem caedi volet, tum cogitatione mihi fingere nequeo, eundem hominem et mortem sibi ipsum consciscere et ab alio necari posse. Accedit, quod rarissime uterque pugnantium duello cecidit. Neque duello eadem, quae crimini vis inesse mihi videtur natura atque indoles, quod pactum de utendis armis antecedere solet (vid. clarissimum Mittermaier, *Archiv des Criminalrechts. Neue Folge. I. S.* 344.) quum quicunque opinione praejudicata ad duellum committendum cogeretur nulla affici posset poena et quia, quod quum ita esset trita illa regula juris violaretur: nulla vis est in volentem. Nihilominus sententia modo allata, quam refellere conatus sum, a doctissimo eodemque jure meritoque maxima fruente auctoritate Martin probata est, atque defensa (jus criminale §. 249.). Quod si fortasse occurritur, in provocatione revera vim quandam internam sive psychologicam, ut ita dicam, inesse, ante omnia notandum nobis videtur, sub vi illata psychologicam quoque vim posse intelligi, vix ab ullo probatum iri. Praeterea in omni duello alter pugnantium, quippe qui coactus erat, poena vacuus esse deberet, quod ideo fieri non potest, quod duellum, ut infra ostendere studebimus, non eventu ponderandum sed ut crimen speciale est puniendum. Et multae profecto existerent difficultates statuendi, uter poenam subire, uter absolutus esse deberet poena, quod quidem ex eo pendere, quis pugnantium provocaverit, quis provocatus exstiterit, nemo est, qui contendat. Nam saepius tantum injuriae est apud provocatum, quantum apud provocantem. Nec

Digitized by Google

hac de re viros jurisconsultissimos recentioris aetatis exempli gratia Mittermaier, Zachariae, Rosshirt, Martin, Waechter, Henke, Bauer, Heffter, Feuerbach inter se discrepare scimus; quum veteres jurisperiti in agendis causis procul dubio exercitatissimi, quorum unum tantum eundemque illustrissimum nominare mihi liceat Carpzov, semper sententiam tueri solerent, provocatum levius esse puniendum, eique, adversario interfecto, ultimum supplicium penitus remittendum. Altero pugnantium in duello interfecto, alter ad summum per quatuor quinqueve annos carcere coercebatur, quia eventus duelli, quisquis erat, negligentiae vel socordiae effectus putabatur. Legislatores illius temporis sententiam, pugnantes consilium quidem se invicem interficiendi non habuisse, sed culpa sua tali se subjecisse conditioni, qualis infaustissimas habere posset consequentias, constanter sunt secuti. Sunt porro, qui duellum auxilio, quod quis sibi fert aequiparandum esse censeant. Sed quaero ex te, benevole lector, quo modo dubium jus ab eo vindicare possumus, qui praestare paratus est, quod possimus? Denique duellum crimen majestatis haberi non potest, quod neque extrajudicialis compositio controversiarum atque rixarum legibus vetita est, neque civitati jus interveniendi competit et quia, quod illustrissimus Heffter acutissime notat, respublica id praebere non potest, rectamve saltem viam nondum inivit praestandi, quod pugnantes ex more duello commisso assequi spectant. Ceterum hanc allatam sententiam nobis sequentibus laedens privatis tantum poenis plectendus videretur, quoniam nulla auxilii vindicatio, juri communi contraria, duello continetur. Vid. Bauer, jus criminale §. 358. Heffter §. 367. Ad quaestionem saepius tractatam et agitatam, num duellum ut peculiare puniendum sit crimen, an alii delicto adnumerandum atque ex consequentiis suis metiendum nos convertentes magnopere de hac re inter se discrepare jurisperitos intelligimus. Ajentem sententiam defendunt clarissimus Mittermaier, *Archiv für Criminalrecht.* Von Braunmühl, *Ueber den Zweikampf und die dessfalsige Gesetzgebung in Baiern. Landshut* 1826. pag. 104. De Perron, Petition contre le duel adressée à la chambre des députés. Paris 1836. Jolly, Du duel et de sa législation. Paris 1838. pag. 53 seqq. J. W. Quintus, dissertatio juridica inauguralis de duello ejusque puniendi ratione. pag. 151 seqq. Contrariam tuentur sententiam den Tex vid. Bijdragen tot Regtsgeleerdheid en Wetgeving, tom. II. part. I. pag. 110. et von Zeiller, *Noch ein Wort über den Zweikampf, in: Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit,* pag. 317. qui legislatori duellorum usum exstinguendi periculum facienti hocce crimen haud commemorandum imo silentio praetermittendum esse arbitratur, duellique eadem esse incita-

menta, eundem finem, easdemque consequentias, quae certamine extra duellum commisso evenire solent existimat. Cui quidem sententiae pluribus commotus rationibus adstipulari non possum; nam primum duelli usus tam inveteratus est et in vulgus editus, ut legibus neglectus, sola oblivione e hominum memoria non facile sit recessurus. Nullo hoc melius intelligere possumus quam Galliae exemplo, ubi per longum tempus nulla de duello ejusque puniendi ratione extitit lex, nihilominus vero illud crimen omnibus fere nota et quam maxime in usu fuit. Secundo loco nihil dicam de fine atque incitamentis duelli, quae quantum differant a stimulis homicidii extra duellum admissi tractanda inferiore in dissertationis parte reservare mihi liceat. Quod ad consequentias duelli, quin minoris esse soleant momenti, quam quae pugnam extra duellum commissum sequuntur, quum duellum certis praescriptis regulis soleat coerceri, nemo est qui dubitet. Silentio praetermittere nolui Mongalvy virum spectatissimum opinionem nobis improbatam amplexum hisque defendisse verbis: Quant à la loi répressive c'est surtout moralement qu'elle (la législation) doit aussi agir, et, pour exercer cette influence morale au lieu de faire du duel un crime d'exception ou de privilège, elle doit le laisser dans la classe commune des meurtres et des blessures. Rationibus et ad ajentem et ad negantem sententiam firmandam allatis accuratius animo perpensis, quin duellum particulari poena plectendum sit in dubitationem vocari non posse mihi videtur. Nam quicunque duello utitur ad servandam vel recuperandam famam regularem jurisdictionem impedit ac perturbat atque valetudini vitaeque periculoso assequi studet modo, quod civitate interveniente legitima ei adipiscenda erat via, ita ut etiam duellum, quo neuter pugnantium laeditur impune ferri non possit. Quod si vero quaestio, num specialis poena in pugnantes sit statuenda dificilioris est indaginis vix credibile est, quae sint difficultates in enucleanda disceptatione, quibus legibus ac regulis judici ex jure communi decernenti, quum certam normam sequi non possit, poenae certantibus sint constituendae. Quamvis nonnulli iidemque jurisconsultissimi scriptores ut Poggi, Martin, den Tex, a Zeiller caedem duello perpetratam eodem puniendam esse contendant supplicio, quo homicidium extra duellum confectum major tamen numerus jurisperitorum mitiorem amplexus sententiam, atque, ut mea est opinio, optimo jure ei qui duello adversarium suum vita privavit leviorem irrogandam esse poenam arbitratur. Conf. Mittermaiers *Aufsatz im Archiv, VIII. S.* 451., *und im Archiv, Neue Folge. I. S.* 348. v. Oppen, *Beiträge. S.* 56. Henke, *Handbuch. III. S.* 604. Meyer, *Vom Thatbestand. S.* 46. Rationes, quibus me ad probandam hanc sententiam permotum

Digitized by Google

intelligo has fere sum allaturus. Primum duellantes conventionem inibant de pugna conserenda, quae legibus non est vetita, qua uterque periculum ingressus, vitae aut corporis integritati infaustissimo, si accideret, eventui se subjecit. Quam ob rem duellum ineuntes tali supplicio digni haberi non possunt, quali sicarii, qui per vim et ex insidiis infelicem hominem, cujus necem apud animum constituerunt, adoriuntur. Neuter duellum patrantium, re praeter opinionem male versa, conqueri potest de altero, quum uterque duello inito se pugnae exitum, quisquis esset, subiturum promisisse videatur. Neque dicentes, utrumque certantium vitam suam in adversarii manus dare, duellum eo, quo decet, modo ponderare mihi videntur. Nam unusquisque corporis habilitate atque agilitate sua certamen ad faustum se conversurum exitum sperat aut fiduciam collocat in casu, quo pugna in meliorem partem mutetur. Alia eademque majoris momenti excusationis causa eo nititur, quod quicunque consilium duelli faciendi ceperit, hoc necessitate quadam cogente et ad evitandum haud leve damnum fecit. Nam quum nobilibus in quibusdam civitatibus verendum sit, ne provocati duellum recusantes ab aula submoveantur, quum collegae ducis militum profiteri soleant se cum illo non amplius militaturos, quum inter litterarum studiosos moris sit, ut quicunque duellum delatum conserere noluerit, infamia quadam afficiatur, omnesque commilitones quam cum eo habebant consuetudinem intermittant, ita ut duellum recusando ingratam quisque ac molestam redderet vitam suam, nihil est cur mireris multas crimen duelli patrare ad evitanda haec incommoda. Quae quum ita sint libertatis animique firmitatis est, si praefectus militum vel litterarum studiosus, qui commilitonibus vel collegis suis nondum virum fortem atque intrepidum duello facto se praebuit, nullum se initurum esse duellum conatur declarare. A multis quidem sodalibus male ac perverse judicaretur aut despiceretur plurimis vel ignavus timidusque videretur, sed maximam tale exemplum afferret utilitatem, quale sine ulla dubitatione multi sequerentur, quippe qui primi inter omnes id moliri dubitant, quod iis fortasse causa possit existere ut vitae in academia vitaeve militari, quantumvis sit jucunda, renunciare deberent. Negari quidem non potest, quod supra jam monuimus, reperiri, qui quavis occasione oblata duella arripiant, sive fortitudinem suam probare studeant, sive apud eos multum valere concupiscant, qui tempus quod in litteras colendas impendere aut in munere fungendo ponere deberent, duellis faciendis et compotationibus consumunt, item vero horum quidem virorum quam parvus existat numerus notavimus. Quibus causis poenam mitigantibus respectis, Codice legum Saxonicarum art. 206 morte alterius duellum ingressorum subsecuta carceris

poena usque ad viginti annos, Codice legum Wurtembergicarum art. 190 ad summum detentio in arce per sex annos constituta est.

Conf. *Zeitschrift für ausländische Rechtswissenschaft.* 9. *Bd. S.* 286. *Encyclopädie von* Ersch *und* Gruber. *Halle.* 28. *Bd. S.* 152. Pinet, Le duel en jurisprudence et en législation p. 176. Neque non judici poenam duello, quo nulli magis diversae poenae, quae a mitissimis in gravissimas crescere possunt, applicandae sunt crimini, irrogandam decernenti tam ad causam duellum antecedentem, quam ad pugnantium in duello se gerendi modum erit respiciendum. In eo vero rerum cardo verti mihi videtur, utrum regulae duello statutae accurate servarentur, an non. Quod si factum est, ita ut homo depravatus duelli forma uteretur ad turpia consilia sua facilius conficienda et ad evitandam poenam graviorem, qua alioquin afficeretur, hic, quum adversarium ira, humilitate et abjecto animo ductus vita privaverit homicida habendus et secundum communes de homicidio constitutas leges judicandus erit. *Archiv des Criminalrechts. Neue Folge.* 1. *Bd.* 1834. *S.* 252. Quum exempli causa adversarius armis sit exutus, adjutores, quibus ex more nomen est secundantum, desistendi a pugna signum dederint, quum adversarius defensione destitutus sit habendus, sive lapsus sit, sive largior cruor e vulnere ei illato profluat, aut quum alteri pugnantium nullum amplius existat periculum, quod quidem accidit, si certantes sclopetis minoribus, quorum alterum tantum pulvere tormentario et glande fortum est, utuntur, pugnantem, qui ejusmodi casus in rem suam convertens, adversarium suum interficit homicidae poena manebit. Neque non duellum, quo ex pacto pugnantium alter interiret sine dubio plerumque gravius; quolibet alio est puniendum, quoniam uterque infaustum cognovit exitum et adversarium interficere propositum habebat. Nullo modo vero contenderem, certamen singulare ineuntem ideo eadem, qua homicida poena esse plectendum quia ei adversarium suum occidendi fuerit animus, qui quidem utique supplicio afficiendus esset. Nam multi casus cogitari possunt, quibus hunc animum poena solutum esse nulla est dubitatio. Neque enim miles, qui hominem, a centurione jussus, necavit, neque civis, qui latronem vel ereptorem cecidit, ut se suosque defenderet, quamvis uterque adversarium interficiendi consilium ceperit, supplicio dignus censetur. Tam is, qui longe antea homicidium apud animum suum constituerat atque quonam modo idem ad perfectionem adduceret praemeditatus erat, is qui subita perversa cupiditate accensus atque is qui vulneribus vel plagis lacessitus consilium inivit caedem faciendi, pariter propositum habebat interficiendi, nihilominus vero, quod ad poenam, qua quisque dignus habendus est, magnum intercedit

Digitized by Google

discrimen. Nam pro rerum temporumque conditione penitus homicidii natura mutatur. Plurimum enim interest, qua quantaque injuria laesus ad certamen singulare ineundum commovetur, quum, quo gravior extiterit offensio, eo magis excusanda sit provocatio. Quodcunque vero ansam potuit praebere caedis perpetrandi modo ad excusandum conferet duellum, modo graviorem efficiet poenam. Sic nemo in dubitationem vocabit, quin is qui periculosius duelli genus proponeret, ut adversarium a duello prohiberet, nulla majore poena plectendus sit, quum animum occidendi cum dolo conjunctum ad homicidium consilio susceptum consummandum subesse oporteat. Itaque duelli ea opinione praejudicata nati et praesentibus aliis hominibus perpetrati levior existet poena, quam homicidii ex humilibus cupiditatibus descendentis, cujus admittendi causa interfector, hominum conspectum fugiens, noctis tenebris ad fines suos consequendos utitur. Homicida eo magis omnibus formidini erit atque terrori, quo magis inops omnique destitutus est auxilio, quem caedere apud animum suum constituit. Quamvis consilium certamen ineuntium revera poena aliqua dignum sit habendum, quum judices, quorum auxilium contemnitur, conculcentur, quum societas humana, quiete et pace turbata, laedatur, aspernatur vita, quae levi animo cupiditatibus animique affectionibus, deditur, nihilominus illorum tanta haberi non potest culpa, quanta homicidae. Pugnam singularem conserente neque dolo neque vi utente, hora et genere certamnis pacto sanite servando constituto utrique ad pugnam se praeparare relinquitur. Quod si vero quis in duello occisus est, tantum aberat, ut inopinate opprimeretur, ut e contrario ei potestas et occasio sese defendendi data fuisset. Nam idem adversarium suum exspectabat eumque adoriebatur, ita ut non ex adversarii sui voluntate, sed potius ex casu pendere videretur, ut pugnae succumberet, sicario periculum subterfugiente noctisque caligine freto.

Neque non homicida sive irae implendae causa, sive cupiditatis cujusdam explendae gratia, tota incumbit mente in occidendam, quam elegit victimam, quum consilium adversarium interficiendi vel fini duello consequendo postea accedat, vel plurimum absit a pugnante, qui nihil aliud agere solet quam ut honorem vel laesum restituat vel illaesum servet. Quotocuique vero cogitatio in oculis animoque versatur, se adversario suo vitam ademturum? E contrario fere omnes exoptare solere, ut neque ipsi, neque adversarii duello succumberent, vel graviore vulnere afficerentur quis est, qui nesciat? Insuper tota societas humana magis perterretur atque exhorrescit homicidio per sicarium facto, quam quum aliquem duello interiisse cognoverit, quia huic

Digitized by Google

ipsi quodammodo culpa praematurae mortis est imputanda, quum ex ejus arbitrio penderet, num duellum inire vellet, an non. Tum eam ob rem poena leviore duellum est plectendum, quam homicidium, quoniam hoc ex detestabiliore nascitur causa, quod nulla offensione antecedente a viro abjecto humilique praedito animo et constituitur et conficitur, quum duellum vehementi cupiditate vel perverso animi motu, verumtamen hac illave ratione excusando instigante committi solere, omnibus constat. Mongalvy l. l. p. 37. Pinet, Le duel en jurisprudence et en législation. Paris 1830. Aliam defendit sententiam Ch. Bataillard, Du duel, Paris 1829 p. 16., qui duellum conserentem eadem, qua sicarius poena dignum esse existimare videtur. Bataillard, vir spectatissimus, quin in errore versetur, a nemine in dubitationem vocabitur, qui duellum conficientem, etsi adversarium interfecerit, nulla nisi levissima duelli poena plecti posse apud animum reputaverit. Quod quidem fit, si quis sese defendendo propulsavit ictus adversarii, qui furore irave abreptus procul dubio eum necavisset, nisi tali modo vitam suam defendisset, aut si mors alterius partis subsecuta soli casui est adtribuenda. Historiam nobis animadvertentibus in plerisque terris poenas graviores inefficaces se praebuisse cognovimus, excepta. Suecia, ubi superstes capitis poenam subibat, exclusisque quibusdam Armenicae civitatibus exempli gratia Virginia, Alabama et Georgia, ubi duellum facientibus eorumque adjutoribus tutor constituitur. Vid. Discours prononcé à l'Audience solennelle de Rentrée du Novembre 1838 par M. D. Bodan, avocat général près la Cour royale de Rennes.

Quibus in civitatibus hasce poenas utilitatem habuisse, ut perraro adhuc duella committantur negari non potest, quamvis una hac re legislator commoveri non posset tam graves poenas minitari, sicubi levioribus poenis adhibitis eundem se consecuturum esse finem possit sperare. Tum judici ad genus armorum, quibus certantes usi sunt est respiciendum, quum, quo periculosiora existant arma, eo gravior constituenda sit poena. Quae, quantaque vero cautio ei sit adhibenda, quum poena pro variis rerum conditionibus modo augeri, modo minui possit, nullus ignoro. Sicuti enim apud duces militum more aliquo receptum est, ut certa injuria accepta certis ulciscenda sit armis, sic litterarum studiosi plerumque iis armis utuntur, quae in universitate in qua versantur, sunt usitata; quo quidem fit, ut quicunque armis semel consuetis etsi gravioribus contenderit, graviore poena non sit plectendus. Quod si vero judex virum malitia irave ductum, non opinione praejudicata quodammodo coactum in eligendis periculosi-

Digitized by Google

oribus armis obstinato animo perseverasse compererit, hic revera acerbiore supplicio, quam qui leviora utenda proposuit arma dignus est habendus. In universum arma, quibus duellum facientes uti solent, prout magis minusve periculosa sunt trifariam dividenda mihi videntur. Omnium periculosissima sclopeta minora sine dubio sunt habenda, quorum vario usu magna efficiuntur discrimina. Gallis distinguendum videtur Le duel au signal, le duel à lignes parallèles et le duel à marcher quod quidem duelli genus cum maximo conjunctum est periculo. Quum enim alter pugnantium sclopetum disploserit, alteri cujus telum igniferum adhuc fartum est, ad adversarium, usque ad locum, quo fines constituti sunt, accedere licet, ita tamen, ut ille, quamvis ictum ab hoc emittendum exspectare debeat, procedere non sit coactus. Sunt qui duello sclopeto minore conficiendo electo pugnantes utique de alterius partis morte convenisse sed immerito, ut mea est opinio, contendant. Secundum armorum genus gladius atque acinaces efficiunt, quos gravioribus adnumerandos esse armis multis exemplis edocti cognovimus, quum gladii ad singularia certamina conserenda facti ad leviora arma pertineant. Nam duellorum his quidem armis confectorum gravius vulnus vel mors alterius partis tam raro est eventus, ut inter mille vix unum perpetrari quo mors alterius secuta sit, contendere ausim.

Inter negotia difficillima maximeque lubrica judici gerenda ejus officium numerarem poenam duello pro re nata convenientem constituendi, quum, quaecunque adhuc fuerint adhibitae poenae, duellorum quotannis fere crescat numerus. Itaque legum lator neque nimis graves poenas quia, quod quum ita esset judex, venia et impunitate saepius data legum auctoritatem debilitare et imminuere, aut de criminum vestigiis nihil curare esset coactus, neque nimis leves poenas statuere debebit, qua quidem re causa, qua multi a faciendis deterrerentur, cessaret. Sine dubio vero efficax duellorum penitus exstirpandorum quaerendum est remedium in bonis legibus de injuriis ferendis, quamvis quae quantaeque difficultates in constituendis de honoris famaeque laesionibus sint censendae legibus, quippe quae populi classibus a duellis conserendis alienissimis tantum applicarentur, nullus ignorem. Quod quidem eo fit, ut saepissime duelli tam levis atque minuta existat ansa, quae aut nulla aut levissima plectenda sit animadversione. Nam qua quantaque poena ex ambiguo dictum, dubiumve vultum, quali tandem vocem, quam unusquisque leporem vel facetiam vel usitatam blanditiam haberet, afficias? Conf. Pinet pag. 219. Itaque nihil est cur mineris, quemcunque, cui, injuria

Digitized by Google

accepta, legitima via haud satisfactum est, ad legibus repugnantem se convertere ultionem, quum illaesae famae status ad humanae vitae felicitatem requiri videatur. Vid. LIVINGSTON, *Opinion* sur le duel et de la manière de le reprimer. Paris 1829. p. 6. In eadem sententia est clarissimus BENTHAM his verbis usus: Si le législateur eût toujours appliqué convenablement un système de satisfaction, on n'eût pas vu naître le duel, qui n'a été et n'est encore qu'un supplément à l'insuffisance des lois. A mésure, que l'on remplira ce vide de la législation par des dispositions capables de protéger l'honneur, on verra diminuer l'usage des duels, et il cesserait même tout-à-fait, si les satisfactions honoraires étaient exactement au titre de l'opinion et fidèlement administrées. Autrefois les duels ont servi comme moyen de décision dans un grand nombre de cas, pour lesquels ce serait le comble de ridicule de les employer aujourd'hui. Un plaideur, qui enverrait un defi à son antagoniste pour prouver un titre ou établir un droit, serait reputé fou: mais au douzième siècle ce moyen eût été très-solide. D'ou vient ce changement? De celui, qui s'est opéré peu-à-peu dans la jurisprudence. La justice en l'éclairant, et en s'attachant à des lois et à des formes a offert des moyens de redressement préférables à celui du duel: la même cause produira encore les mêmes effets. Dès que la loi offrira un remède sûr contre les délits, qui blessent l'honneur, on ne sera pas tenté de recourir à un moyen équivoque et dangereux. Aime-t-on la douleur et la mort? Non, sans doute: ce sentiment est également étranger au coeur du poltron et du héros. C'est le silence des lois, c'est l'oubli de la justice, qui reduisent l'homme sage à se protéger lui même par cette triste mais unique ressource. (Traités de législation civile et pénale. t. 2. pag. 355.) Neque non verba, quibus illustrissimus PUFFENDORF hac de re utitur afferre mihi liceat. Ajoutons néanmoins, ait, qu'encore qu'on doive juger les choses suivant les idées des sages, et non suivant l'opinion du vulgaire, cependant, comme tout le monde n'a pas l'esprit assez philosophe, pour supporter le mépris et les moqueries de la plus grande partie de ses concitoyens et que, d'ailleurs, le caractère de plusieurs ne le leur permet pas, il faut infliger des peines très rigoureuses à ceux, qui osent faire quelqu'une de ses injures, auxquelles on a attaché une grande ignomie dans le pays où l'on vit. Autrement je ne vois pas comment un magistrat peut user avec raison de sévérité contre ceux, qui repoussent les atteintes données à leur réputation, conformément à la coutume et aux idées reçues, pendant que lui même néglige de punir ces sortes

*

d'insultes, qui déshonorent si fort dans l'esprit du commun des hommes. Ainsi lorsqu'on veut défendre les duels, on doit établir en même temps des peines très rigoureuses contre ceux, qui donneront un soufflet, ou qui feront, soit en actions, ou en paroles, quelque autre outrage, qui emporte une grande flétrissure dans tout le pays, où les défenses s'étendent.

Omni dubio caret, quin a legum scriptore duellum ineunti, nullo certaminis exitus respectu habito, eo levior statuenda sit poena, quo plures et majores excusationis causae afferri possunt. Sic pugnaturi facilius ad eligenda leviora commoventur arma, quum his quidem armis usos se minorem incursuros esse poenam cognoverint. Quod si vero in pluribus academiis hoc eo modo spectari invenimus, ut in quocunque duello deprehenso apparatus pugnae, praesertim arma ad tegendum publicentur, hanc quidem puniendi rationem nobis improbari, nihil est cur negare velimus. Nam nobis metuendum videtur ne, quod non ita pridem factum esse cognovimus, litterarum studiosi facilius permoveantur nullis armis ad tegendum utentes duella multo periculosiora inire. Contra judici poenam plus, quam in ullo alio crimine exacuendi vel diminuendi facultas concedenda nobis videtur, quod duelli exitus casui ejusque vicissitudinibus plerumque est adtribuendus, ita ut certamen singulare ingressus qui parum considerate levique animo judicanti poena atrocissima dignus videatur, re diligentius perpensa, tota fere poena absolutus existat. Item in civitate, ubi major est praejudicii vis ac potestas atque acerbiora quicunque duellum recusavit, contraxit incommoda, poenam minus gravem esse infligendam justis de causis affirmant. Nec ulla ut supra monui res tanti est momenti, nullius tanta est gravitas in justa constituenda duello poena, quanta diligentior disquisitio atque indagatio, utrum duelli regulae de quibus pugnantes convenerant, conservarentur, an leges certaminis praescriptae nullos secundantes testesve, nullum medicum adhibendo vel ulla alia ratione negligerentur. Quo quidem modo certantes quum duellum consilio magis periculosum reddiderint, quin graviore afficiendi sint supplicio nemo in dubitationem vocabit. Nam quantum homicidium in duello factum a caede extra duellum perpetrata differt, cautione sancte conservandarum pugnae legum sublata! Ut vero omnium scelerum loco, cui maleficus verecundiam et reverentiam quandam debuit confectorum crescere solet poena, sic etiam duellorum, quae a nullo, nisi gravissimo atque perditissimo homine in loco sancto admissum iri, nemo negabit. Porro Bataillard, vir excellentissimus p. 73. non sine idonea ratione contendere mihi videtur, duella, in quibus alteri parti majora competerent commoda, supplicio

Digitized by Google

atrociore esse plectenda, poena vero vacuum esse duellum si damnum famae laesione allatum divulgata injuria augeretur, utpote quum maritus duellum cum uxoris sui adultero inierit, vel si quis ad vindicandam graviorem violationem pudoris vel castitatis matris, filiae, uxoris arma sumserit. Quod fere omnibus vetustioribus jurisprudentiae scriptoribus placuit, provocatum utique levius puniendum esse, provocante, nonnullis iisdemque jurisperitissimis hujus temporis approbari scimus, quamvis multi casus cogitari possint, quibus non solum apud provocatum tantum sit injuriae, quantum apud provocantem, sed hic etiam leviori poena dignus nobis videatur. Nonne tali contumelia affectus, qualem, nisi graviora damna ferre malit, in se accipere nequit, nonne homo quietissimus atque concordiae amantissimus, qui repetitis injuriis acceptis ad provocandum adversarium vix permoveri potuit, multis rationibus excusandus videtur? Reconciliationem gratiae sibi oblatam recusantem atque satisfactionem via legitima factam repudiantem majorem subiturum poenam, quam ad restituendam gratiam propensus per se patet. Denique quaerenti tibi, benevole lector, num provocatio ad duellum per se animadvertenda sit, nec ne, hanc, licet ex rationibus legibusque conatus neque judicanda, neque punienda mihi videatur, tamen, nisi sponte revocetur, revera poena aliqua esse afficiendam responderem. Nam provocato aut pactum ineundi, aut gravioribus se subjiciendi incommodis eadem imponi necessitatem, quis est, qui ignoret? Contrariam defendit sententiam Quintus, vir doctissimus l. l. pag. 133. qui provocationem poena vacuam esse debere existimat, quum alioquin perpauci inutili poenitentia commoti a duello faciendo desisterent, atque eatenus plausum nostrum fert, quatenus provocantes leviore tantum poena afficiendos censemus. Quid plura? Superflua atque supervacua jam verba fecisse mihi videor de duellantibus quos dicunt, ita ut ad disceptandam quaestionem nos convertamus, num secundantes, utpote duelli participes adjutoresve poena coercendi sunt, an non. In magna hac de re jurisconsulti versantur varietate et dissensione, quorum alii secundantium praesentiam mutuae securitatis pignus esse existimant, eaque potissimum effici, ut adversarii regulas duelli observarent, atque inter se in gratiam redirent, ut pugnae prius finirentur, scelestibusque caedibus occurreretur, alii duellum, nisi secundantibus poena affectis coerceri vel supprimi posse negant. Illam sententiam amplectuntur: celsissimus Mittermaier (*Aufsätze im Archiv, VIII. Theil S.* 468. *und neue Folge I. S.* 384. clarissimus Heffter, *Lehrbuch S.* 394. doctissimus Quintus l. l. p. 131 seq., hanc defendit praestantissimus Jolly, qui, iis, quos pugnaturi secundantes creaverint, auxilium suum recusantibus,

duella, quippe quae ideo tantum perpetrarentur, ut paciscentes viderent, laesum nullam in se contumeliam accepisse, penitus ex usu recessura contendit conf. P[illegible] l. l. p. [illegible]. Meam de duellantium poena afferenti mihi sententiam ante omnia monendum videtur, permultorum eorumdemque doctissimorum jurisperitorum animos vanum atque inanem metum cepisse, ne duellum ineuntes, si nemo secundantis partes suscipere vellet, pugnam sine secundantibus eoque multo periculosiorem consererent, qua re malum exstirpandum augeretur ac corroboraretur. Vanum et inanem metum dico, quod fere omnes certamen, cui nulli secundantes adessent, omittere malent, quam effrenatis adversarii sui libidinibus animique affectionibus sese dedere conantur. Quisnam, adversarium duelli regulis legibusque satisfacturum iis spondebit? Permulti vero metu, quod probare nequeunt sese duellum fecisse, regulas pugnae statutas observasse, vel sollicitudine, adversario caeso, homicida haberi a duello perpetrando avocabuntur. Itaque timore duellorum periculosorum saepius consecuturorum cessante, si nulli secundantes reperirentur, imo his deficientibus duellorum numero minore futuro secundantes, quum quodammodo criminis participes nominandi sint, vel saltem ad conficiendum duellum conferant, poena quamvis exigua pro rerum conditione quorundam dierum hebdomadumve inclusione, alterutro pugnantium vero occiso breviore poena carceris coercendi mihi videntur. Quod si disquisitio, num secundantes omnino sint puniendi, an non, difficilioris est indaginis, multas causas afferre possemus, quibus secundantes leviore tantum poena plectendos probetur. Nam primum conferunt ad duellum minus periculosum faciendum, ictus et plagas graviores a pugnantibus avertentes atque certaminibus finem imponentes. Tum ab alicujus voluntate et arbitrio non dependet pugnantem adjuvare, quum tantum homines majore agilitate et robore corporis exstructi secundantes soleant creari. Denique vero secundantes adjutoribus adnumerari nequeant, quod eorum auxilio crimen duelli potius minuitur, quam committitur.

Quae quum ita sint secundantes perraris casibus per plures menses in custodia inclusos eosdem vero omni poena vacuos esse velim, si operas quas potuerunt maximas, in reconciliandos adversarios vel supprimendum duellum impenderunt. In Badensium Codice legum de delictis eorumque poenis secundantes omni poena soluti relinquuntur, nisi consilio facta laesione regularum duelli usitatarum, vel specialiter constitutarum homicidium vel vulnerationem corporis effecerunt. Idem Codice legum poenalium Saxonica sancitum invenimus si secundantes duellum periculosioremve ejus

Digitized by Google

exitum prohiberi studuerunt. Jam poenis afferre mihi liceat, quibus poenis quicunque admittendo duello aliqua ex parte contingi possunt, plectendi mihi videntur. Testes et qui inter pugnam neutri parti studens controversias inter secundantes ortas dijudicare solet, quippe qui parum conferunt ad committendum crimen sine ulla dubitatione leviore vindicandi sunt poena. Quod ad eos, qui deprehensionem certantium prohibuerunt, qui duellantes fugientes adjuvaverunt, locum, quo pugnarent, commodaverunt, arma attulerunt, quin socii vel fautores habendi sint nulli dubitamus. Sed maximam in inquirendo et explorando num ejusmodi socii in ea conditione versantur, qua ex aliena quodammodo pendeat arbitrio (quod quidem in academiis saepius reperimus) curam commendasse volumus judici poenam sociis statuenti. In quibusdam terris medici magistratui quam primum denunciare, quo tempore et loco opem suam tulerint, vel petitam negaverint, tenentur. Quae quidem obligatio medicis imposita eo tantum casu legislatoris consilio responderet, quo medici muneri publico praefecti duellis adhibeantur, si vero, quod saepius in academiis invenimus, pugnantes studiosis medicinae utuntur, quot duella occultarentur, quotumquisque certamen singulare denunciaretur experti scimus! Neque non legum latori animo suo reputandum crediderim, vix ullum medicum, poena statuta, operas suas collaturum in restituendam pugnantium valetudinem, quos medico auxilium suum recusante, a pugna conserenda nullo modo abstenturos esse mihi persuasissimum est.

Quod ad principis jus duellum conserentibus veniam dandi, hoc saepius in disceptationem vocatum esse scimus, iidem vero quo jure hoc factum esse nos plane nescire negare non possumus, quum nullius fere puniendi criminis tam multae tantaeque existere nobis videantur difficultates, qua propter si ullo certe in hoc crimine illius juris utilitas evidens manifestaque mihi videtur.

Ut duella minuerentur, vel, si fieri posset, exstinguerentur a pluribus scitis sapientibusque hominibus duella magistratui insinuata permittere et clandestina tantum punire identidem proponebatur, neque infitias ire possumus, hanc sententiam multis rationibus esse comprobandam. Sed non sine causa fortasse quisquam eidem opponeret, fere omnes, quibus duellum faciendi animus esset, concessione negata, occulta assequi studerent, quod publica via iis non successerit, ut porro duellis clam confectis poenam nimis gravem minari nos oporteret, ut denique numerus duellorum multo augeretur, quum multi poenam duello statutam metuentes a conficiendo hoc crimine soleant prohiberi.

Digitized by Google

Quo quidem modo judicia, quae nomen suum a honore ducunt, orta sunt, quae vero exspectationi factae non respondisse testis est Quintus: dissertatio juridica pag. 54 seq. nec mirum, nam si judices honoris eadem qua ordinarii exstructi sunt potestate judicium honorarium evanescet et nulla erit habenda; demto vero jure et facultate decreta sua exsequendi judicum operae ac studia in dirimendis controversiis collocatae nihil valebunt. Item metuendum est, ne judices, nisi ex sociis, vel sodalibus pugnantium assumuntur, saepissime decipiantur atque nimis paucorum duellorum cognitionem consequantur. Quod quum ita se habeat exoptatos fructos a judicibus ex sodalibus pugnantium etectis, si ullos, exspectari posse crediderim, quamvis iidem viri omnibus numeris laudandi existant, mihi necesse videatur, ita ut in tanta humanorum errorum vitiorumque multitudine ne tale quidem honoris judicium commendasse velim. Conf. Censuram, quam egit clarissimus Mittermaier de ultimo novi Codicis Bavarici exemplo. *Neues Archiv des Criminalrechts.* T. 10. P. 2. pag. 287. Ad extremum quaedam de iis, quae aliarum terrarum legislatores de optima duellum puniendi ratione censerint afferre mihi liceat. In Codice legum Gallicarum de delictis et poenis hoc tempore valente nullam duelli mentionem fieri scimus, ita ut pars tribunalium vulnerationes et caedes in duello factas legibus communibus de homicidio et vulneribus esse subsumendas existimet, pars eas impunitas faciat, pars potissimum respiciat, num regulae duello statutae servarentur, an non. Postremo judicium rescissorium (la cour de cassation) decrevit, ut duellum poena vacuum relinqueretur, nisi pugnantes, nullis secundantibus testibusque adhibitis, duellum commisissent, quod quum factum fuisset poenae occisioni constitutae irrogarentur. Ludovicus sanctus jam anno 1260 certamen judiciale vetuit. Conf. Bignot, Etablissemens de Saint Louis et Laurière. tom. II. p. 87. Primae leges de duello Henrico V. auctore constituebantur. Sententia regni comitiis Parisiis habitis 26. Juni 1599 lata duellum crimen laesae majestatis declarari poenam omnium facultatum publicationis vitaeque privationis certantibus irrogari, utpote transgressis jura divina, perduellibus, regiae voluntati obedientiam negantibus, judicia offendentibus, otiis et pacis turbatoribus. Conf. Pinet, Le duel en jurisprudence et en législation p. 148 seq. Edicto mensi Aprilis 1602 dato hoc decretum confirmabatur et amplificabatur. Deinde edictum Jun. 1609 secutum est, quod consilio duella coercendi et exstirpandi propositum toti sequenti legislationi praebuit fundamentum. Edicta, quae mense Augusti 1623, Septembris 1651 et Augusti 1679 data sunt, propter nimiam severitatem sine ullo effectu manebant, quum judices duella impunita relinquere mallent, quam poenam animo

Digitized by Google

repugnantem statuere. Quo factum est, ut generales remissiones poenae et venia saepissime concessa, quantum legum scriptores tam graves poenas minitando ab eo abducerentur, quod spectaverint, satis superque probarent. Duelli mandata, quae dicunt proposita reperimus, primum 1626 rege Ludovico XIII. secundum 1679 Ludovico XIV. regente tertium 1723 sub regimine Ludovici XV. Nunc ad recentiorem progredientes legislationem Codicem legum de delictis et poenis 25. Septembris crimen duelli silentio praetermisisse invenimus. Nec eodem modo omnes hoc quidem silentium interpretari judices sunt periclitati. Quod ab initio eodem impunitatem duelli significari putabatur, decretum conventus legislatorii 17. Septembris 1792 hanc quidem opinionem falsam esse probavit. Quo quidem decreto omnes quaestiones a mense Junii 1789 contra duellum ingressos institutae sunt sublatae 29 messidor anno 2 dijudicatum est, ut, quum leges nullam contra duella pronuntiavissent poenam, hoc crimen poena criminali solutum esse deberet. Vid. Bataillard p. 62. M. Mirabel Chambaud, question du duel. Paris 1839. p. 8. Pinet p. 152. Neque Codex legum poenalium anni 1810, poenae duello infligendae mentionem facit conf. Nougarede de Fayet, Du duel sous le rapport de la législation et des moeurs. Paris 1838. pag. 19., neque sequentibus annis posterior leges Codicis a priore legislatore omissas supplebat, usque tandem 1832 Codex legum poenalium novam faciem atque formam induit. Denique quaestione, quibus duellum vindicandum sit poenis tribunali rescissorio proposita duae sententiae, quarum altera e conjunctis emanabat curiis, novam aetatem in interpretando Codice inceperunt. Usque ad annum 1837 a tribunalibus judicari solebat, ut duellum nulla poena plecti posset, quum nulla in Codice de hoc crimine existeret lex, quum veteres leges duellum concernentes essent abrogatae, quum lex poenalis de caede in duellum ad usum vocari nequiret, quia intentionem adversarium vita privare praesumeret, quia mutua pugnantium conditionem quam maxime diversam ab ea, qua sicarius versaretur, adducere soleret. *Archiv des Criminalrechts*. I. Bd. p. 356. anni 1834. Anno 1837 27. Juni et 15. Decemb. demum tribunal rescissorium sententiam tulit, ut caedes in duello commissa ex legibus de homicidio sit judicanda et punienda. Sed haec quidem tribunalis rescissorii sententia in falsis rationibus niti mihi videtur, quoniam posuit, ut veteres leges ante gallicam rerum conversionem latae, ad nobiles tantum spectarent, quum eas ad omnium civium duella esse referendas constet. (Conf. De Vaulx, *Zeitschrift für ausländische Gesetzgebung*. X. Nr. 19. Hellie, Théorie du Code pénal. V. p. 252—279. sententiam laudatam impugnantes.) Qua quidem antiqua lege abrogata nullam novam legem de duello adhuc in Gallia existere et cau-

Digitized by Google

sarum judicatarum usum curiarum et regiminis declarationem agnoscere ut duellum nulla poena sit plectendum, omnes sciunt. Helie, Théorie du Code pénal t. 5, p. [illegible].

Judicia anglica, quae nullam legem de duello propositam habent, licet adhuc duella persequerentur, pugnantes plerumque absolvere solebant, donec sententia obtinuit, in duello potissimum ad tempus intervallum inter rixam antecedentem et confectum duellum respiciendum, poenamque, prout certamen post spatium satis longum, ut pugnantium ira defervisse posset, vel statim post controversiam, certantium animis ira adhuc incensis, committeretur, esse statuendam.

Quod ad civitates Americae septentrionales foedere conjunctas duellum in quibusdam regionibus, quamvis rarius quam in Europa reperiatur, gravioribus puniri solere poenis constat. Nam poenis infamantibus applicari solitis, quicunque munere publico est administraturus jurare coactus est, se neque duellum perpetrasse, neque admissurum, insuper vero, quicunque certamen singulare inivit, quicunque auxilium suum ad duellum committendum praebuit, insanus et pupillus et declaratur et habetur.

Quemcunque enim propter nugas, propter dissensiones legibus nullo modo vetitas et quae sunt reliqua, vitam suam in discrimen dare, atque conditionem subire, civi et fortasse sodali vitam eripiendi, in vera et periculosa dementia versari Americae septentrionalis jurisperiti contendunt. Cui quidem agendi rationi a clarissimo Livingston Opinion sur le duel p. 12. defensae, assentire non possum, quum hac re probissimus quisque promissum dare coactus existet, cui se staturum pollicenti non persuasum est.

Denique legis Hannoveranae de duelli crimine mentionem facerem, qua quidem, utpote novissima perlustrata, nonnullorum animos paulisper delectari sperans. Pugna singulari ea sub conditione inita, ut alter interiret superstiti poena capitis est irroganda, si alter mortem subierit, quamvis pro rerum temporumque conditione vinculis mulctanda videatur. Quod si vero duellum tali lege et constitutum et confectum est, quali, licet inter certantes de morte alterius non convenerit, mors alterius, plane ut videbatur, obtingere debuit, alter vinculis vel pro re nata ergastulo tantum est coercendus. Re aggravante haud accedente, nihilominus vero alterius morte insecuta, vel atrociore vulnere illato, duellum, ergastulo, in quo homines otiosi in opere faciundo exercentur vel rebus mitioribus faventibus carcere puniendum videtur. Eo tantum casu, quo, quamquam inter duos homines de duello sub conditione supra allata, convenerat, non mors, sed gravius vulnus insecutum est, poena ergastuli usque ad 6 annos decerni potest. Si vel levius vel nullum inflictum reperimus vulnus, poena carceris plurium mensium hebdomadumve nobis erit decernendum. Caeterum notandum videtur judici

Digitized by Google

plerumque poenas libertatis modo allatas in custodiam publicam immutandi liberum arbitrium esse relictum.

Quaerentibus nobis in quamnam poenam secundantes, quos dicunt, incurrant, eos poena plane vacuos esse futuros, si quantum potuerant duellum impedire studuerunt, neque non eo mitiori reprehensione plectendos videri, quo majus studium impenderunt in avertenda pericula detrimentaque cum duello conjuncta intelligimus. Quod ad medicos ad duellum adhibitos omni poena soluti jure meritoque relinquuntur.

Quaestione de natura ac indole duelli, quantum potui, tractata, restat ut viribus illustrissimis Zachariæ, Mittermaier, Rosshirt, luminibus atque ornamentis Ruperto Carolinae, quibus triumviris, quidquid sim olim in jure provecturus, debiturum me omne esse pie lubentique animo profiteor, viribus celsissimis, Martin, Schmid, quos Jenae in jure praeceptores habere mihi contigit, viris clarissimis et doctissimis Rau, Morstadt, Zœpfl, Deurer, Brackenhœft in Heidelbergensi, Heimbach, Reinhold, Asverus, Schmidler, Danz in Jenensi academia, quorum sunt nomina laudes, gratias quam maximas persolvam.

Desiderantur non pauca.

Curriculum vitae.

Albertus Freytag ex Friderico Freytag, summi, qui res sacras et scholasticas curat, senatus consiliario eodemque a consiliis rerum publicarum administrandarum et Augusta e gente Buddeus natus 24. mensis Aprilis 1817 Gothae, ubi juventutem meam degi, usque ad altiora colenda studia in academiam Jenensem migravi, in lucem sum editus. Primis temporibus aetatis gravissimo morbo laboravi penitusque extabui quum, Deo juvante, quàm homines arte reddere non valuerant sanitatem natura ipsa restitueret. Elementis instructum parentes mei, qui eodem omnes liberos suos complectuntur amore, in Domini praemature defuncti Grosch scholae disciplinam me tradiderunt. Per plures annos hanc frequentabam scholam qua relicta auspiciis doctissimi Dœringii in gymnasium illustre receptus atque tertiae adscriptus sum classi. Maxima me perfusum esse laetitia sentio professores afferentem, quos vitae meae duces atque animi morumque nactus sum formatores. Nam omnibus constat quantopere Dœring, Jacobi, Kries, Schulz, Uckert, Rost, Wuestemann meruerint de literarum studiis colendis. Et revera prospera arridere videbatur fortuna gymnasio Gothano, quum virum magnificen-

Digitized by Google

tissimum Bretschneider, quippe qui rerum divinarum scientiam docuit, professoribus suis adnumeraret. Quorum virorum praeceptis, e quibus mea quidem culpa tantos, quantos potui, non percepi fructus, instituto anno 1827, examine superato, ad jurisprudentiae studium colendum in academiam Jenensem me contuli. Eichstaedt, Baumann et Guyet, viris amplissimis universitatis literarum rectoribus Danz professorem illustrissimum de institutionibus, de historia juris Romani, pandectarumque doctrina disserentem, Scheidler et Reinhold, viros amplissimos, jus in natura positum atque psychologiam et logicam tractantem, Schmid celsissimum jus gentium et publicum exponentem atque Martin, virum clarissimum, praecepta regulasque processus civilis Germaniae usitati explicantem audivi. Praeterea Heimbach praeclarissimi jus privatum Saxonicum tradentis et Asverus viri humanissimi specialem processus civilis partem interpretantis scholas operam dabam et seminario juridico sub Danz illustrissimi auspiciis adscriptus eram. Optanti mihi reliquum tempus in alia academia versari parentes mei, qui est eorum amor erga me atque benevolentia, satisfacientes anno 1830 Heidelbergam in Ruperto Carolinam academiam celeberrimam me demiserunt. Hic lectionibus de jure criminali, de jure privato Germanorum, de jure canonico, de medicina forensi, de processu juris criminalis, de historia imperii Germanici interfui, neque non scholis de optima processus civilis regulas ad vitae usum transferendi ratione atque de arte ex actis referendis habitis operam dedi. Jam viros omni doctrina eruditos praedicare mihi liceat, quorum praeceptis ac institutioni, si quid jurisprudentiae, mihi amatissimae didici, me debere libentissime fateor. Juvat nomina professorum clarissimorum et doctorum illustrissimorum referre, qualia Zachariae, Mittermaier, Rosshirt, Thibaut, qui omnibus probis et bonis praemature e vita decessit, Rau, Morstadt, Zoepfl, Deurer, Brackenhoeft, Herrmann, quos appellantem me eo magis me indignum fortasse esse illorum virorum auditorem vocari poenitet, quo major eorum est famae celebritas atque quo magis operam studiumque conferre solent in juventutem jurisprudentia instruendam. Denique tam parentibus meis pro miro eorum erga me amore pietateque, quam omnibus professoribus gymnasii Gothani et praesertim universitatum Jenensis et Heidelbergensis, qui ad animum meum formandum et ad excolendos mores contulerunt, debitam gratiam memori mente persolvisse volui.

Digitized by Google

Law

Seinem verehrten Herrn Collegen

Herrn Geheimen Rath Rau

d. Verf.

PARSONS LIBRA[RY]
Universit[y]
MICHI[GAN]

Digitized by Google

4
PARSONS LIBRARY
University of
MICHIGAN

Ueber das

Verhältniss der Malberger Glosse

zum

Text der Lex Salica.

Eine Abhandlung

von

Adolf Holtzmann,

Grossherzoglich Badischem Hofrath, ordentlichem Professor der ältern deutschen Sprache und Literatur an der Universität Heidelberg, Ritter des Zähringer Löwen-, so wie des rothen Adler-Ordens dritter Classe, Mitglied der deutschen morgenländischen Gesellschaft,

bei Eröffnung des neu gegründeten Lehrstuhls der deutschen Philologie

im Mai 1852

seinen Collegen gewidmet.

Digitized by Google

Digitized by Google

Ueber das Verhältniss der sogenannten Malberger Glosse zum Text der lex salica sind in älterer und neuerer Zeit zwei einander entgegengesetzte Ansichten aufgestellt worden. Nach der Meinung der einen Klasse von Erklärern ist die Glosse der Rest des fränkischen Grundtextes und der lateinische Text ist die später hinzugekommene Uebersetzung. Dagegen wird von den Anhängern der entgegenstehenden Ansicht behauptet, dem ursprünglich lateinisch verfassten Gesetz sei die Glosse später zur Aushülfe für fränkische des Lateins wenig kundige Richter nach Bedürfniss bald kürzer bald länger beigeschrieben worden. Sonderbarer Weise zeigt es sich, dass die erste Ansicht die meisten Freunde in Frankreich zählt*), und unter französischen Gelehrten fast keinem Zweifel begegnet, während die zweite in Deutschland jetzt ziemlich allgemein angenommen ist**). Die Deutschen sind Gegner des deutschen Grundtextes, für welchen die Franzosen entschiedene Vorliebe zeigen. Franzosen, welche die Barbarei der eindringenden Franken nicht schwarz genug schildern können***), schreiben doch unbedenklich diesen rohen unwissenden Eroberern ein in ihrer Sprache verfasstes ausführliches Gesetzbuch zu. Deutsche, die es sich zur Aufgabe machen, die Bildung ihrer Vorfahren in's beste Licht zu stellen, wehren sich fast leidenschaftlich gegen die Annahme, dass ein Deutscher vor der Bekehrung zum Christenthum im Stande gewesen sei, einen deutschen Satz zu schreiben. Es hiesse wirklich, den heidnischen Germanen nicht nur jede Bildung, sondern jede Bildungsfähigkeit absprechen, wenn man zum Voraus jede schriftliche Abfassung eines deutschen Gesetzbuches in vorchristlicher Zeit für eine Unmöglichkeit erklären wollte. Wenn Ulfila im vierten Jahrhundert seinen Gothen die Bibel übersetzen konnte, warum sollte es vor dem sechsten Jahrhundert einem heidnischen Franken zu schwer gewesen sein, in seiner Muttersprache die

---

*) Guizot, Pardessus, Petigny erklären sich für den deutschen Grundtext: ebenso Edélestand du Méril in seinem mémoire sur la langue des glosses malbergiques, Paris 1843.

**) Unter den ältern Gelehrten fand auch in Deutschland der deutsche Grundtext viele Freunde, darunter namentlich Leibnitz und Schilter; von neueren hat sich nur H. Müller (der lex salica Alter und Heimath) dafür ausgesprochen; unsere Juristen sind einstimmig für die lateinische Abfassung. Die gewichtigste Autorität gegen den deutschen Urtext ist unter den ältern deutschen Gelehrten die des gründlichen und besonnenen Eccard, welcher in einer Note zu Leibnitz de origine Francorum 256 sagt: Legem autem salicam primum latina lingua barbaro licet stylo ad instar legum Romanarum conscriptam fuisse nullus dubito.

***) Man sehe z. B. Guérard im Polyptychum Irminonis. Doch ist zu erwähnen, dass Guérard zwar eine mündliche, aber keine schriftliche Ueberlieferung des salischen Gesetzes in fränkischer Sprache zugibt, und zwar aus dem witzigen Grund, weil aus den Malberger Glossen hervorgehe, dass die Franken nicht im Stande waren, orthographisch zu schreiben! (Journal des Sav. 1843, Recension von Pardessus loi sal.)

Digitized by Google

einfachsten Rechtssätze niederzuschreiben? Ist es nicht ganz undenkbar, dass die Germanen, wenn sie nicht die rohste aller Nationen waren, so lange Zeit in lebhaftem Verkehr mit den Römern gestanden wären, ohne einen Versuch zu machen, die Schrift auf ihre Sprache anzuwenden? Also die Möglichkeit eines fränkischen Grundtextes der lex salica kann mit solchen allgemeinen Sätzen nicht bestritten werden.

Wenn die Malberger Glosse in einem nur einigermassen befriedigenden Zustand auf uns gekommen wäre, so müsste leicht zu entscheiden sein, ob sie Grundtext oder Uebersetzung sei. Nun aber ist uns dieses jedenfalls älteste Denkmal fränkischer Zunge *) durch die Schuld unwissender romanischer Abschreiber, welche schon den lateinischen Text nicht treu wiederzugeben vermochten, so entstellt und zerrissen überliefert, dass es in den meisten Fällen eine Unmöglichkeit ist, das fränkische Wort, welches sie vor sich gehabt hatten, wieder zu erkennen. Nimmt man dazu, dass die Sprache dieser Glosse jedenfalls einige Jahrhunderte älter ist, als unsere ältesten fränkischen Denkmäler, und daher schon an und für sich Dunkelheiten genug für uns haben müsste, so wird man begreiflich finden, dass bis auf die neueste Zeit die Gelehrten selten ernstliche Versuche machten, diese wunderlichen Wortformen zu erklären, und dass diese seltenen Erklärungen meistens noch wunderlicher ausfielen, als die zu erklärenden Wörter. Erst in der neuesten Zeit hat Jacob Grimm es für eine Ehrensache der deutschen Philologie erklärt, dieses Denkmal nicht unberührt zu lassen, und er hat selbst Hand angelegt, und den ganzen Schatz seiner Gelehrsamkeit aufgeboten, um auch diesem ältesten verkümmerten Rest unserer Sprache, nachdem er über alle andern dunkeln Stellen des deutschen Alterthums Licht gebracht hat, sein Recht angedeihen zu lassen **). Und gewiss hat die Arbeit eines solchen Mannes die Aufgabe wesentlich gefördert. Manche Punkte, die völlig dunkel waren, treten in ein helles Licht, andere empfangen wenigstens einen Schimmer. Vieles, was unlöslich schien, ist mit überraschendem Scharfsinn enträthselt, anderes ist anregend, wenn auch nicht befriedigend von verschiedenen Seiten betrachtet worden. Aber wenn wir uns jetzt dennoch gestehen müssen, dass noch immer die grösste Masse der Glossen in Dunkel gehüllt bleibt, und dass die sinnreichen Erklärungsversuche nur in wenigen Fällen sich zur Gewissheit erheben, so müssen wir uns mit dem Möglichen begnügen lernen und einsehen, dass ohne neue Handschriften, welche die Glosse ausführlicher und reiner erhalten haben, eine vollständige Erklärung derselben nicht gegeben werden kann.

Es ist daher auch durchaus nicht die Absicht dieser Abhandlung, eine solche Erklärung zu versuchen. Vielmehr will ich nur aus den Ergebnissen Grimms einige Folgerungen ziehen. Das meiste zwar ist noch dunkel, aber einiges ist doch aufgehellt, und es kann daher gefragt werden, was ist aus den deutlichen Theilen der Malberger Glosse über ihr Verhältniss zum lateinischen Text zu erkennen; ist sie spätere Zugabe, wie die Deutschen lehren, oder ist sie Grundtext, wie die Franzosen behaupten? Grimm selbst hebt an mehreren Orten das hohe Alter der Glosse nachdrücklich hervor, entscheidet sich aber doch ebenfalls für die

*) Leo's Schrift, die Malbergische Glosse, ein Rest altkeltischer Sprache, Halle 1842 und 1845, lasse ich unberücksichtigt. Aus dem Irischen und den verwandten Dialekten die Glosse erklären zu wollen, ist eine Verirrung, die eine Zeit lang die tüchtigsten Köpfe verlocken konnte. Ich enthalte mich um so mehr, hier von keltischer Sprache zu reden, als ich bald Einiges zur Berichtigung der sehr verworrenen Begriffe über das Verhältniss der Germanen zu den Kelten beizutragen hoffe.

**) Lex salica, herausg. von Joh. Merkel, mit einer Vorrede von Jacob Grimm, Berlin 1850. Diese Ausgabe, die einzige, welche die Glosse vollständig enthält, ist unserer Abhandlung zu Grund gelegt.

Digitized by Google

Lehre der deutschen Erklärer, dass das Gesetz ursprünglich lateinisch geschrieben sei, und geht nur so weit, dass er die Glossen nicht für spätern Zusatz, sondern für gleichzeitig mit der ältesten Redaction der lex erklärt.

Zuerst müssen wir einen kleinen Theil der Glossen ausscheiden, welche von den andern wesentlich verschieden sind und nur mit Unrecht malbergisch genannt werden. Diess sind diejenigen, welche die Absicht haben, die in den lateinischen Text aufgenommenen malbergischen Wörter dem romanischen Leser verständlich zu machen. So ist 71: si qui *schillam* de caballo puraverit, malb. *campania*. Die Bezeichnung malb. steht hier mit Unrecht vor campania, welches nur das romanische Wort ist für das in den Text aufgenommene *schilla* (Schelle). Eben so falsch wäre es, wenn in 273 de bargo vel de furca, und in LVIII. in duropalo hoc est limitare die Wörter furca und limitare als malbergisch bezeichnet wären; oder das Wort strioporcio in LXIV. herburgium hoc est . . strioporcio. So scheint mir auch malb. falsch gesetzt in 144: si quis cheristadona super hominem mortuum capulaverit, malb. madoalle (mandoado) aut si levaverit (aut selave) quod est ponticulus. Hier enthält ja schon der Text selbst das fränkische Wort; es braucht also nicht in der Glosse beigefügt zu werden; dagegen bedurfte der Ausdruck cheristadona eine erläuternde romanische oder lateinische Glosse, und diese scheint gegeben in madoalle, mandoado oder, wie in 339 steht, mandualem; ich halte dies für weiter nichts als das spätlateinische Wort monubilis, welches von Sidonius Apollinaris gebraucht wird *) und in der vita S. Caesarii Arelatensis: monubilis arcas corporibus humandis de saxis ingentibus fecit excidi. Zu merken ist, dass in dem Text, wie er 339 steht, das Wort nicht als malbergisches hervorgehoben ist. Schwieriger ist das folgende aut si levaverit, aut selave, aut silave. Wenn ich bedenke, dass das vorhergehende Wort madoalle wahrscheinlich einmal ein m am Ende zeigte, da es in 339 mandualem geschrieben ist, so schimmert aus mandualem aut silave hervor monubile mausoleum. Ist dieses wieder hergestellt, so sieht man leicht, wie daraus allmählich, indem jeder Schreiber die Fehler seines Vorgängers mit Vermehrung wiederholte, jenes madoalle aut selave werden konnte, welches dann unverständlich und fremdartig genug klang, um für malbergisch erklärt werden zu können. Ich habe aber gerne in den Anfang meiner Abhandlung eine Stelle gesetzt, aus welcher man ersieht, wie schrecklich die Abschreiber sogar lateinische Wörter entstellt haben. Man schliesse daraus, wie es den deutschen Wörtern ergangen sein mag, und wundere sich nicht, wenn es in den meisten Fällen nicht gelingt, die ursprüngliche Gestalt derselben herzustellen.

Wir gehen nun zu den eigentlichen Malberger Glossen über und fragen: was ist der Inhalt derselben oder auf welche Theile des Textes beziehen sie sich? Zuerst ist deutlich, dass ein Theil derselben die Busssätze in Denaren angab; und wenn wir sehen, wie die fränkischen Zahlwörter an verschiedenen Stellen im Text durchbrechen, und wie zwei Handschriften ein eigenes Capitel haben, in welchem die fränkisch gezählten Denare in Solidi gewechselt werden, so müssen wir zugeben, dass in ältern Handschriften alle Compositionen ohne Ausnahme in fränkischen Zahlwörtern ausgedrückt gewesen sind. Dies scheint aber schon einiges Licht auf die Natur der Glosse zu werfen und zwar zu Gunsten Derjenigen, welche eine ursprünglich fränkische Abfassung des Gesetzbuchs annehmen. Denn wenn die Busssätze ursprünglich in Zahlzeichen gegeben waren, CXX dinarios, DC dinarios u. s. w., so musste doch dies derjenige Theil des lateinischen Textes sein, den jeder Franke am leichtesten verstand, und bei dem also eine lange Glosse am wenigsten nöthig war. Wenn wir nichts desto weniger die Zahlen in fränkischen Zahlwörtern ausgedrückt finden, so scheint dies nur

---

*) Sidon. 2, epist. 2: porticus columnis invidiosa monubilibus. Itiner. Burdig. monumenta duo, monubiles mirae pulchritudinis; siehe Du Fresne.

Digitized by Google

so zu erklären, dass die fränkischen Zahlwörter zuerst im Text standen, und später zum Verständniss des Romanen CXX dinarios qui faciunt solidos III, oder DC dinarios qui faciunt solidos XV u. s. w. beigeschrieben wurde.

Sehr wichtig sind uns jedenfalls diese Zahlwörter, um die Sprache der alten Franken kennen zu lernen. Grimm hat sie alle S. XV. sehr schön hergestellt und erklärt; nur die beiden letzten grossen Zahlen 24000 und 32000 scheinen noch weiterer Aufhellung zu bedürfen. Die erste lautet triothus chunde therte chunna in der einen, theio thosunde tertheo chunna in der andern Handschrift, die zweite fittertoschunde tue apta chunna und fitternosunde thue aptheo chunna. Grimm glaubt, dies solle heissen thriothuschunde thrioseptuntiunchunna, d. i. dreitausend und drei mal sieben mal zehn mal hundert, und fitterthuschunde fitterseptuntiunchunna, d. i. viertausend und vier mal sieben mal zehn mal hundert. Deutlich ist, dass diese Erklärung sehr gekünstelt ist, und dass man therte nicht für eine Abkürzung von thrioseptuntiun, und thue aptheo nicht für eine Abkürzung aus fitterseptuntium halten kann. Wie sollten die Franken dazugekommen sein, grössere Zahlen auf so höchst wunderliche Weise auszudrücken? Ich meine auf kürzerem Weg zum Ziele zu gelangen. Ich lese für 24000

thrio tuc stundom acto chunna, woraus ein Abschreiber wohl
thrio thus chunde therte chunna machen konnte;

und für 32000

fittertuc stundom acto chunna, woraus wieder sehr leicht
fitter tos chunde tue apta chunna werden konnte.

Das erste ist 30 mal 800 = 24000, das zweite 40 mal 800 = 32000. Auf diese Art pflegten wirklich die alten Deutschen grössere Zahlen durch eine Multiplication auszudrücken. Zwar sibun stundom sibuniu in Isidor ist dem lateinischen septies septem nachgebildet; aber Otfrid's einlif stunton sibini, 11 mal 7 für 77, und thrizug stunton zehinu, 30 mal 10 für 300, sind nicht übersetzt. Wir sehen zugleich aus diesen Zahlen, dass die Zehner mit tuc gebildet wurden, woraus später zuc wurde, und dass die Multiplication mit stunda stunt ausgedrückt wurde, wie es den hochdeutschen Mundarten eigenthümlich ist, während alle andern deutschen Sprachen, gothisch, altsächsisch, angelsächsisch, nordisch dafür das Wort sinth (iter) anwenden*). Die altfränkische Sprache stellt sich auf diese Weise ganz deutlich zu den hochdeutschen Mundarten, obgleich ihre Consonanten noch nicht die Entwicklung durchgemacht haben, die später characteristisch ist für das Hochdeutsche. Ferner muss die höchst alterthümliche Form der Zahlwörter auffallen. Sieben ist septun. Keine deutsche Sprache, nicht einmal die gothische, hat in dieser Zahl das t, welches sich durch die urverwandten Sprachen als ursprünglich bestätigt, erhalten; ahd. sibun, goth. sibun, ags. seofon, altn. siö, aber lat. septem, griech. ἑπτα, sanskr. saptan. Die Glosse steht hier dem ursprünglichen näher, ist also älter als alle andern deutschen Sprachdenkmäler. Sonderbar ist sexan für sechs, wenn es sich bestätigt; der Anhang an zeigt sich sonst nirgends in dieser Zahl. fitter für quatuor wird nur von gothisch fidur, fidvor erreicht; alle übrigen deutschen Sprachen haben die ursprüngliche Dentale bereits eingebüsst.

---

*) In dem Schriftchen von Clement: die lex salica germanisch, nicht keltisch (Mannheim 1843), werden die beiden Zahlen gelesen twentig sunde thretig hunda, was 20 mal 30 hundert heissen soll, und fiuwertig sunde septen hunda, vierzig mal sieben hundert. Dies ist im Einzelnen zwar unrichtig, aber der eingeschlagene Weg ist der richtige, und wenn Grimm nicht verschmäht hätte (S. V.) Clement's Schrift anzusehen, so würde er ohne Zweifel nie auf seine oben angeführte Ansicht der beiden Zahlen verfallen sein. Man muss in solchen Dingen nichts gering achten.

Digitized by Google

Wir gehen über zu einer andern Klasse von Glossen. Es sind dies Substantive, Benennungen der gestohlenen Thiere und Sachen, der verletzten Glieder des Leibes, der beschädigten Personen und des begangenen Verbrechens. Wenn alle Glossen dieser Art wären, so müsste man einen deutschen Grundtext schwer vertheidigen können, denn nichts war natürlicher, als dass der Gegenstand, um den es sich handelte, möglichst genau bezeichnet und daher dem lateinischen Worte die deutsche Uebersetzung beigefügt wurde. Wir können also aus dieser Classe von Glossen im Allgemeinen keinen Beweis für die deutsche Abfassung des Gesetzbuchs gewinnen und begnügen uns daher, von den hierher gehörigen Wörtern nur diejenigen zu betrachten, welche sich uns im Verlauf von selbst darbieten werden.

Allein damit ist unser Glossenvorrath noch nicht erschöpft; und doch, wenn die Glossen zu dem ursprünglich lateinischen Text hinzukamen, was konnten sie weiteres zu bezeichnen bestimmt sein, als den Gegenstand des Verbrechens, und etwa noch die Grösse des Bussgeldes? Nun aber finden wir mehrere Glossen, die nichts anderes sein können, als das Verbum, womit der Vordersatz schliesst, z. B. 84: si quis aratro de campo alieno jactaverit malb. auuerphe (6); anhunerbo (10); cuuaerso (7); chuuarso (8); chucarso (9). Hier sieht man zuerst, wie alle Gestalten, in welchen die Glosse erscheint, nichts sind, als Entstellungen von auuerphe; und sodann, dass dies nichts anderes ist, als die Uebersetzung von jactaverit. Wenn nun die Glosse das wichtigste Wort, dasjenige, worauf es bei Bestimmung der Strafe ankam, hervorheben sollte, so wird doch Niemand behaupten, das sei hier das Wort jactaverit. Die Worte aratro de campo alieno waren ohne Zweifel viel wichtiger. Ferner muss es sehr auffallen, dass das Verbum in seiner grammatischen Verbindung übersetzt wird als dritte Person des Conjunctivs. Wenn es sich nur darum handelte, einen Begriff hervorzuheben, so wird man doch diesen Begriff nicht in der Gestalt einer dritten Person Singularis Conjunctivi Perfecti Activi dem Richter zum Bewusstsein gebracht haben. Diese Glosse hat nur dann einen Sinn, wenn sie das Ueberbleibsel eines ganzen Satzes ist. Sehen wir aber, dass die Glosse nicht einzelne Wörter erläutern sollte, sondern die Sätze vollständig wieder gab, so wird man zugeben, dass die Frage über das Verhältniss der Glosse zum Text dadurch eine ganz andere Bedeutung gewinnt. Wir sehen zuerst, ob wir noch mehr solche Conjunctive finden.

Ich betrachte die Stelle 41: si quis puella sponsata dructe ducente in via adsallierit et cum ipsa violenter moechatus fuerit, malb. gaugie altho (6); gaugechaldo (7 und 8); gaugecaldo (9); changicaldo (10). Grimm S. XXXV. findet darin das Wort kouch, Gauch, cuculus, und changikaldan soll heissen »zum Hahnrei machen«. Ich meine dass diese Erklärungsweise viel zu wünschen übrig lässt und versuche, eine natürlichere aufzustellen. Ich halte mich an *changichaldo* der Handschrift 10 und übersetze dies ohne alle Aenderung concubuerit, statt moechatus fuerit. hald heisst althochdeutsch pronus, haldên ist vergere, inclinari, recubare, und die glossa Keronis hat anahaltendi incumbens; goth. viljahalthei (προςκλισις), haldis (potius); ags. heldan und altn. halla (inclinare). Es kann also ein starkes Verbum haldan (cubare) und gahaldan (concumbere) nicht bezweifelt werden. Vollkommen regelmässig, aber höchst merkwürdig durch seine alterthümliche Form ist davon changichaldo der Conjunctiv des Präteritums. Wir haben also hier die Reduplication so vollkommen als sie sich im Gothischen zeigt, und die Präposition ga, cha zeigt noch das n, das sie schon im Gothischen verloren und im althochdeutschen fast nur vor Vocalen in sehr seltenen Fällen erhalten hat. An der grammatischen und etymologischen Richtigkeit meiner Erklärung kann, wie ich meine, nicht gezweifelt werden, aber überraschend ist es, hier einer Wortform zu begegnen, die wenigstens eben so alt ist als die gothischen.

Digitized by Google

Ist die gothische Bibelübersetzung im vierten Jahrhundert geschrieben, so ist das fünfte Jahrhundert für die Abfassung der Malberger Glosse fast zu jung.

Suchen wir nach weitern Conjunctiven, so wird ein solcher wohl enthalten sein in dem Worte, das nur in dem Capitel XXX. de conviciis vorkommt, und dort in 3 solistrabo, solestrabo, extrabo, in 6 austrabo, in 7 iscrabo, ischrabo, hischrabo, extrabo geschrieben ist. In 3 ist das Scheltwort meretrix, in 6 qui scutum jactavit, in 7 falsator, und Grimm gibt sich Seite XXXV viel vergebliche Mühe, diese Begriffe in den entsprechenden Glossen zu finden. Offenbar sind alle diese Glossen in 3, 6 und 7 immer das nämliche Wort. Und da in diesen Sätzen nichts Gemeinsames ist als das Wort clamaverit, so muss die Glosse diesem Wort entsprechen. In der That führt iscrabo, hischrabo auf das Verbum *schreien*. Dies ist das rechte Wort für clamare, wenn von Scheltworten die Rede ist; denn es wird vorzugsweise für gannire gewählt. Es ist aber ein räthselhaftes Wort, das nur den hochdeutschen Mundarten eigen, allen andern deutschen Sprachen fremd ist; eine abgeleitete Form ist scrouuezan, gannire. Es genüge uns hier, ohne in weitere Ableitung des Worts einzugehen, die Glosse zu clamaverit gestellt zu haben, und nun fragen wir, ob es irgend einen Sinn haben konnte, in mehreren aufeinander folgenden Sätzen immer nur das Wort clamaverit zu glossiren und das Scheltwort selbst unberücksichtigt zu lassen? Auch diese Glosse weist uns also darauf hin, dass die Sätze vollständig in fränkischer Zunge vorhanden waren; und es ist nur die Trägheit und Unwissenheit der Abschreiber daran schuld, dass sie nichts als dies eine Wort aufbewahrten.

Sehr verführerisch lautet die Glosse in 34: si quis animalem, caballum aut iumentum in furto punxerit, malb. *stallachia* (6), *trachlagio* (7, 9), thradiligia (8), *stalacha* (10), wozu stalachaia, estalathia in 112, stalachaia, stalachia, stalasthia in 114, und sitabaim, stalathia in 222 gehören. Es liegt sehr nahe, an altd. stâchi, punxerit zu denken. Ich habe in meinem Ablaut ausgeführt, dass in den ablautenden Pluralen und Conjunctiven Präteriti, deren Vocal goth. ê, ahd. â ist, eine alte Reduplication enthalten, und dass stâchi etwa aus stastachi entstanden sei. Nun könnte das l, ll, ch, d, b, das die Glosse in der Mitte zeigt, ein Rest des mittlern Consonanten sein, etwa stadichio. Dies wäre eine merkwürdige Bestätigung der von mir theoretisch aufgestellten Formen*) und zugleich eine überraschend alterthümliche Form, der die gothische Sprache nichts an die Seite setzen könnte. Jedoch ist die Sache keineswegs sicher. Zwar widersprechen die andern Stellen nicht, in denen das Verbum trebatterit ist, was ziemlich gleichbedeutend ist mit punxerit; nur einmal in 112 steht die Glosse bei furaverit, wohin sie aber sehr leicht aus 114 durch ein Versehen gerathen sein kann. Die Schwierigkeit liegt darin, dass die von Grimm XXI gegebene Erklärung stalla fihu = jumenta sehr empfehlenswerth scheint, da sich ein stal fehu jumenta bei Graff 3, 430 wirklich findet, und die Glosse wirklich nur in Sätzen vorkommt, in welchen jumenta steht. Doch ist einerseits kaum zu glauben, dass aus fihu immer chia, cha, gia wurde; andrerseits ist Stallvieh wohl eine passende Uebersetzung für jumenta in Psalm 79, 50, nicht aber in der lex salica, wo jumentum die Stute ist zum Unterschied von caballus, 112, 114.

In 39: Si quis ancillam alienam in conjugium praeserit, malb. bonema (6), bonimo (7, 8, 9), honomo, onemo (10), ist es doch kaum möglich, nicht eine dem praeserit entsprechende Form von niman zu vermuthen. Das b von (6) scheint aus h in 10 entstanden, und dies könnte ein n gewesen sein; nonimo, nanimo, nanimio würde zu nâmi gerade in demselben Verhältniss stehen, wie das obige stadichio zu stâchi. *anfamia*

*) Für meine theoretisch angesetzten Sanskritformen haben die Veda Bestätigung gebracht.

Digitized by Google

ebenfalls in 39 zu dem Satz si quis litam alienam ad conjugium sotiaverit, scheint eine andere Entstellung des nämlichen Wortes zu sein.

Auf gleiche Weise scheint in 60: si quis puerum crinitum totonderit malb. chascaro (6), schuisara chrogino (10) das lange â in ahd. scâri (totonderit) durch eine innere Reduplication ausgedrückt, etwa scasaro, scacaro, ursprünglich scascaro; für chrogino erinnert Grimm S. XXXVII an mnd. crôc caesaries, chrogino könnte danach crinitum sein. Dagegen bei der Glosse chrascaro 59, chascharo 60, aschara 196, wo überall nicht vom Scheeren, sondern vom Todtschlag eines Knaben unter zwölf Jahren die Rede ist, welcher 196 non tonsuratus genannt wird, scheint wie gewöhnlich Handschrift 10 aschara das richtigste zu haben, und dies ein Compositum mit â zu sein, etwa wie âteilo expers, âscharo intonsus.

Ebenso scheint XXXIV, 4, festibero, ferthebero zum Verbum beran ferre zu gehören, und miserit des Textes zu übersetzen. ferbibero, firbebero wäre = ahd. firbâri.*

Stellt man zusammen

stâchi	stadichio
nâmi	nanimo
scâri	scasaro
bâri	babiro

so gewinnt diese höchst alterthümliche Spur innerer Reduplication an Wahrscheinlichkeit. — Ebendahin scheint eine andere Glosse zu gehören. Zu den schönsten neuern Entdeckungen Grimms gehört die Auffindung eines Verbums diban, thiban, brennen, scr. tap. Es ist erwiesen durch die Ueberschrift CV de chreodiba, d. h. vom Leichenverbrenner. Dieses Verbum würde im Perfectum dap, dâbum lauten, im Conj. dâbi, oder genauer thâbi, wie nâmi, bâri u. s. w.; nun findet sich XVI, 2, 3 und 258 leodeva, leodeba, theotidio in Stellen, die *nichts* gemein haben als das Wort incenderit; ich lese überall theodibo oder theodibio, das jenem theoretischen thâbi entsprechen würde, wie nanimo oder nionimio dem nâmi und scasaro, oder sciosirio dem scâri. Jedenfalls ist schon das gesicherte Erscheinen eines starken Verbums thiban, das in allen deutschen Sprachen kaum eine Spur hinterlassen hat, ein Beweis des ausserordentlich hohen Alters der Malberger Glosse.

Eine der dunkelsten Glossen begegnet bei den schweren Verwundungen XVII.: chicsiofrit, uiuisiofith, chisiofrit, cusfredum, cusfretum, gasfrit, hisifret, geisofredo, chesfrido und charfrido. Es kann nicht wohl das verwundete Glied sein, denn in 3 und 4 ist vom Schädel, in 5 von den Rippen die Rede und in 6 im Allgemeinen von Wunden, aus welchen das Blut zum Boden fliesst. Dagegen sind immer klaffende Wunden gemeint. Nun setze man c statt f in chesfrido, so ist chescrido, chiscrido eine reduplicirte Form von scrindan, klaffen. Wenn diese Erklärung richtig ist, so folgt aus dieser Glosse, dass die deutschen Wörter sich keineswegs eng an den lateinischen Text anschliessen, und daher nicht als eigentliche Glossen angesehen werden können, sondern viel eher das Ansehen haben, Bruchstücke eines vollständigen deutschen Textes zu sein, von welchem der lateinische Text eine abkürzende Uebersetzung sein müsste. Ferner, da chi nicht wohl die Präposition sein kann, welche altfränkisch chan lautet (chan-gichaldo) und also hier nur als Reduplication gefasst werden kann, so haben wir an chiscrido das Beispiel eines ablautenden Verbums, von der Ablautsreihe i, a, u, welches reduplicirt. Bekanntlich ist die gothische Reduplication im Verhältniss zur lateinischen und griechischen eine jüngere Entwicklung; von der ächten Reduplication, die am Ablautsverbum haften müsste, zeigt das Gothische keine Spur. Hier zum erstenmal findet sich im Deutschen, wenn unsere Auffassung richtig ist, die alte, ächte

Reduplication; und das hohe über die gothische Zeit hinausgehende Alter unsres Denkmals scheint sich zu bestätigen. *)

Die Glosse freobleto in 48: si plaga semper currit et ad sanitatem non pervenerit, und 190: vulnus currat et non sanat, malb. frioblitto, scheint ebenfalls ein Verbum zu sein; bluotan mit der Präposition fra, fair; er verblutete? oder ist es das Substantivum ferhbluot? Nichts damit zu schaffen hat die Glosse frioblito, die in einigen schlechten Handschriften in cap. XXVI. vorkommt.

In der Glosse uuadefaltho, uualdphalt, uadofalto, uuadeflat, uualfoth, uueumadepaltheo, uuadpoto, welche in demselben Capitel von dem Schlag mit der Faust gebraucht wird, scheint mir nichts anderes zu stecken als uualapauz. Denn die Erklärung, welche aus dem Glossar zum longobardischen Gesetz in den Text selbst eingedrungen ist, wonach es eine Vermummung bedeuten soll, verdient gar keine Berücksichtigung. Die Etymologie führt auf pôzan tundere und wala strages, und dies passt vollkommen auf unsere Stelle.

Eine dem obigen chiscrido sehr ähnliche Form scheint in 85 enthalten: si quis casam alienam sine consilium domini sui traxerit, malb. alachiscido, alachescido. Es kann doch nur von dem Abreissen des Hauses die Rede sein. Ich möchte herstellen abchiscido und chiscido als Präteritum eines mit lateinisch scindo identischen Verbums erklären, welches in der spätern Sprache scintan nur mit einer specielleren Bedeutung erhalten ist und dem gothischen skaidan zu Grund liegt.

Sollte eine solche Reduplication auch erhalten sein in rosidio? Dies ist die Glosse der besten Handschrift zu 58 oder cap. XXIII, si quis caballum alienum extra consilium domini sui ascenderit et eum caballicaverit. Auch in den Glossen der schlechten Handschriften ist zu erkennen riosito, riosithe. Da s und r beständig verwechselt werden, so lese ich riridio = caballicaverit. Während also unsere ältesten Quellen das Verbum rîtan im Präteritum reit, ritum bilden, würde in der Sprache unserer Glossen das Präteritum lauten riraid, riridum, wie es allerdings einmal gelautet haben muss. Es fragt sich nur, ob die Glosse alt genug ist, um bis zu diesen Formen hinaufzureichen. Auch das oben besprochene hiscrabo, iscrabo zeigt die Spur einer solchen alten Reduplication.

Auf ähnliche Weise ist vielleicht eine Glosse zu erklären, welche ich bei Grimm nicht behandelt finde: urlifugia XVII, 9, und urtifugiam XIX, 2. Es ist in diesen beiden Sätzen von ganz verschiedenen Verbrechen die Rede, dort vom Strassenraub, hier von Verzauberung; gemeinsam haben sie nur das Wort evaserit, zu welchem also die Glosse gehören muss. Nun ist wohl nicht zu bezweifeln, dass deutsch fliuhan, und lateinisch fugere das gleiche Wort sind, obgleich das l schwer zu erklären ist. Es ist darnach wahrscheinlich, dass fliuhan einmal ohne das eingedrungene l vorhanden war, oder dass es eine Nebenform ohne l gab. Nun

*) Ich muss jedoch gestehen, dass chiscrido zu lesen statt chisfrido nicht unbedenklich scheint, weil gerade das f in allen Entstellungen der Glosse am festesten haftet. Vielleicht steht hier wirklich das Wort frido, obgleich im lateinischen Text nichts von der Bezahlung des fredus erwähnt wird. In XXIV, 5 wird gesagt: si vero puer infra duodecim annos aliqua culpa commiserit, fretus ei nullatenus requiratur. Also musste doch an andern Stellen die Bezahlung des fredus vorgeschrieben sein. Und es zeigt sich also auch bei dieser Auslegung der Glosse, dass der deutsche Text vollständiger war, als alle erhaltenen lateinischen. In dem ersten Theil der Glosse chisio, cus, gaiso könnte wohl ein verlorenes Verbum gisan (solvere, bezahlen) erhalten sein, gaiso frido, solvat fredum. Zu diesem gaiso würde gehören gis in Eigennamen, auch Gisfrit, gisal (obses) und vielleicht *Γαισάτοι*, so genannt *διὰ τό μισθοῦ στρατεύειν* (Polyb. 2, 22).

Digitized by Google

ändre man in der Glosse nur das t in f, so ist urfifugia vollkommen richtig für evaserit, eigentlich effugerit. fifugio ganz wie riridio; das deutsche Wort übertrifft das lateinische noch an alterthümlicher Vollständigkeit.

Eine schöne Glosse begegnet 48: si quis villam alienam adsallierit et ibidem ostia fregerit, canes occiderit vel homines plagaverit aut in carro aliquid exinde duxerit malb. *turpephaldee* (6), turriphatio (7), turriphathio (8, 9), turphafalchio (10). Die nämliche Glosse steht XIV, 5: si quis hominem migrantem adsallierit malb. turpefalti (3) und XIV, 6: si quis villa aliena adsalierit, turphaldeo (6). Grimm S. XLV sieht darin dorf villa. Dies geht schon darum nicht, weil in XIV, 5 nicht von dem Ueberfall eines Dorfes, sondern eines Wanderers die Rede ist. Ich lese mit der einzigen Aenderung von r in s tuspephaldeo. Dies könnte nun zu spaltan gehören und spepald würde überraschend zu einem anzusetzenden gothischen spaispald passen. Doch möchte ich noch lieber an ein starkes Verbum spildan denken, das dem ahd. spildan (expendere), alts. spildia (interficere), ags. spillan, altn. spilla (corrumpere) zu Grund liegt.

Ich übergehe mehrere andere Glossen, in welchen Conjunctive, und zwar des Präteritums, vermuthet werden können, und betrachte nur noch das häufig vorkommende andedio, welches von Grimm S. LI gewiss richtig mit ags. ondide, alts. andedi, andâdi, ahd. intâti (aperuerit, effregerit) zusammengestellt wird. Nur bemerke ich, dass andedio oder andidio mit dem ags. ondide, alts. andedi nicht ganz dasselbe ist, wie ahd. intâti. Dies ist von der Wurzel dad, did gebildet, jenes von der Wurzel dâ (eigentlich dhâ), ganz entsprechend dem sanskritischen Conjunctiv dadhjât (siehe Isidor Seite 110). Es ist also schon durch dieses Wort, wenn etwa die obigen Beispiele Zweifel gelassen hätten, sichergestellt, dass die Glosse Verba in der verbundenen Form enthielt, und also nicht blos aus einzelnen Wörtern, sondern aus ganzen Sätzen bestand. Ferner finden wir diese Glosse an Stellen, wo der lateinische Text kein aperuerit, effregerit darbietet, wo aber doch dem Zusammenhang nach vom Erbrechen eines Verschlusses die Rede ist. Es zeigt sich also, dass der deutsche Text vollständiger und genauer war, und sehr wesentliche Bestimmungen des Verbrechens enthielt, welche im lateinischen Text ausgelassen sind. Es kann daher kaum zweifelhaft bleiben, dass nicht der deutsche Text, sondern der lateinische die Uebersetzung ist.

Das Wort andidio findet sich z. B. in folgendem Satz XXVII, 19: si quis screona, qui clavem habet effrigerit malb. stronis anthedio (6); nasche streonas anthedi (10). Hier ist statt streonas zu lesen screonas, wie Grimm S. IX bemerkt; dass dies aber aus lat. scrinium entlehnt sei, kann ich nicht glauben, da in dem Satz, wo von dem Raub der Jungfrau de screuna die Rede ist, XIII, 2, und in der Verbindung: genitia nostra screonas et sepes bonas in circuitu habeant et portas firmas (Capit. de villis), unmöglich scrinium gemeint sein kann. Hängt es vielleicht mit *Schranne* zusammen? Jedenfalls ist es ein eingeschlossener Raum. Da nun nasche mit nusca (fibula), nusta (nexio) und vielleicht dem nexti der Glosse selbst auf ein mit nectere verwandtes Verbum deutet, und daher wohl einen Riegel oder ein Schloss bedeuten kann, so scheint nasche-screona vollkommen dem screona qui clavem habet zu entsprechen, wie nuskilachan in den ältesten Glossen chlamys übersetzt, ein Tuch mit einer Schnalle. Hier haben wir also den ganzen Vordersatz in fränkischer Sprache; es fehlen nur die Worte si quis. Aber auch wie diese lauteten, meine ich aus andern Stellen entnehmen zu können.

Eine der dunkelsten Glossen lautet inzymis, inzymus, inzimus, ingismus u. s. w. Grimm handelt von ihr S. XVIII und sagt keine habe ihn mehr gequält. Sie steht immer im Anfang, wenn die Glosse länger ist; sie steht in den verschiedensten Sätzen, die nichts unter sich gemein haben, als dass sie mit si quis anfangen. Die besten Handschriften, 6 und 10, stimmen überein, inzymis zu schreiben, z. B. II, 6. Da wir auch famis

Digitized by Google

geschrieben finden XXIV, so deutet dies auf insumis, was mit inzymis identisch ist, da z hier offenbar nicht die spätere hochdeutsche Geltung hat. Dies nun scheint mir sehr wohl die Bedeutung si quis haben zu können. zymis oder sumis ist das gothische sums, τις, aliquis, in allen deutschen Sprachen verbreitet. Dass hier das s des Nominativs erhalten ist, kann nicht verwundern; es ist ein Beweis des hohen Alters der Glosse; auch in 120 chalibs ubdupio (vivus emergat, siehe Grimm S. XLVI) wird man unbedenklich das s als Nominativendung stehen lassen. Es fragt sich also nur, ob *in* eine conditionale Conjunction sein kann. Gewiss ist, dass sie es in der spätern Sprache und im Gothischen nicht ist; aber Manches macht es doch sehr wahrscheinlich, dass sie es einmal war. Das indirecte Fragewort hängt überall mit der Bedingung zusammen. Französisch si ist wenn und ob. Unser ob, ahd. ibu, ist jetzt nur noch in der Poesie bedingend, in der gewöhnlichen Sprache nur fragend; aber ahd. ist es bedingend. Gerade so leitet in, mit angehängtem u, *inu* im Altdeutschen des 9ten Jahrhunderts die Frage ein; gothisch an, lateinisch an fragen. Wie sich unser ob zu altdeutsch ibu (si) verhält, so verhält sich ahd. in (num) zu dem in (si) unsrer Glossen. Es ist das griechische *ἄν*, *ἐάν*. Wir haben einigemal vom malbergischen Text nichts als inzymis, si quis. Deutlich ist doch, dass dies nicht eine eigentliche Glosse sein kann, sondern nur der übriggebliebene Theil eines vollständigen Satzes. Der Schreiber begnügte sich von den ihm unverständlichen Worten die ersten Buchstaben zu geben; das Ganze abzuschreiben schien ihm überflüssige Mühe.

Einigemal hat das Wort sumis ein Anhängsel. imnisficit, hinnifith, ymnisfith in II, 2; hymnisfith in VII, 2, famisfith in XXIV, 1, und humnisfith in LXIV. Die Stelle zymisfith in 11, 15 gehört nicht hierher, da dort die Glosse in der Mitte vorkommt in tua zymis fitmiha chunna, welches tua thusehunde fimfe chunna, d. i. 2500 heissen soll. Die wahre Gestalt des Anhängsels ist wohl fith, und dies scheint mir nichts anderes zu sein als Sanskrit und Zend c'it und das lateinische que in uterque, quisque u. s. w. Dass dieses Suffix in den übrigen deutschen Sprachen nicht aufzuweisen, beweist wiederum nur das hohe Alter der Glosse.

Betrachten wir einige Sätze, die mit inzymis beginnen. II, 2: si quis porcellum furaverit qui sine matre vivere possit malb. hinnifiht sive tertega (6); ymnisfith sive thertesun (10). Ich gebe nur die Lesarten der beiden besten Handschriften. Wenn hier für ymnisfith herzustellen ist inzymisfith, und dies bedeutet si quis, so muss in sive das Wort für porcellus stecken, und in der That ist nichts leichter, als dass in einem Casus oder einer Ableitung von sû der Abschreiber ein sive erblickte. In der Heroldischen Ausgabe scheinen die sive in der Glosse einigemal vom Herausgeber herzurühren, z. B. V, 3: leodasdi sive theoprano. Wir haben hier in einer Handschrift die Glosse theofoano, in einer andern leudardo. Ist es nun nicht sehr wahrscheinlich, dass Herold, der mehr als eine Handschrift benutzte, zu seiner längern Glosse dadurch gelangte, dass er die verschiedenen vorgefundenen Glossen durch ein sive verband? Der nämliche Fall ist in IX, 4, wo wir in einer Handschrift andesito finden, in einer andern leodardi, bei Herold aber leodardi sive andesitto. Kehren wir zu unserer Stelle zurück, in welcher sive aus dem deutschen Wort für porcellus entstanden ist. Das folgende tertega, thertesun muss nun bedeuten qui sine matre vivere possit. Das Wort ist in den lateinischen Text aufgenommen in 11, 9: si quis tertusum porcellum. Ueber die Etymologie des sonst ganz unbekannten Ausdrucks lässt sich nichts Sicheres sagen*). Hier genügt es, nachgewiesen zu haben, dass unsre Glosse den

*) Der Erklärung des dunkeln Wortes muss die Uebersetzung, welche die lex salica selbst in II, 2 enthält, zu Grund gelegt werden. Daneben können spätere Glossen bei Merkel, S. 101, wonach es castratus oder qui domi

Digitized by Google

Anfang eines zusammenhängenden Satzes enthält. Auch in 11, 4 sind in den auf inzymis folgenden Glossen die im Text nach si quis stehenden Worte zu erkennen: natariae für porcum annicalum; in na ist dasselbe Wort versteckt, das oben sive wurde und in tariae ist leicht jâri zu erkennen.

Die merkwürdigen in den Text aufgenommenen Worte nexti chantigio erklärt Grimm S. LV abweichend von seiner frühern Auffassung, welche in Waitz, das alte Recht der salischen Franken, S. 290, zu lesen ist. Dort war ihm chanthichio gleich ahd. gadigju, intercedo, impetro, expeto; jetzt erklärt er chanthigio als Erweiterung für chanthio und dies gleich ags. hente, altn. hendi, prehendo. Vermuthlich wurde die frühere Auffassung verlassen, weil die Präposition chan bedenklich schien. Allein diese ist jetzt in changihaldo (oben) nachgewiesen, und wird hier bestätigt durch LXXIV, si quis debitorem suum per ignorantiam sine judice pignorare praesumserit antequam eum nesti canthechigio. Hier kann nesti canthechigio unmöglich etwas anderes sein als eine dritte Person Conjunctivi des Präteritums, entsprechend einem mallaverit. Zu einem Verbum cantio kann unmöglich dies canthechigio gehören; wenn hingegen can die Präposition ist, so darf man nur ch in th ändern, um eine vollkommen regelmässige Form zu erhalten, chanthethigio, mallaverit *). Hier scheint mir der Fall so deutlich, dass an der Präposition chan sowohl, als an der Reduplication nicht mehr gezweifelt werden kann. Die oben angenommenen reduplicirten Präterita erlangen dadurch einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit. Ich bleibe also bei der älteren Erklärung des Wortes chanthigio; an gadingon ist wohl nicht zu denken, da gadigjan sich genauer anschliesst; altsächsisch gehen thingian und thiggian in einander über.

Eine sehr alterthümliche Bildung scheint mir ein Wort, das nur im lateinischen Text erhalten ist, segusius. Ein lateinisch romanisches Wort kann es nicht wohl sein; es erscheint noch in der lex alamannorum und in alten deutschen Glossaren in der Form siusius, siuso, siusi, suso, und noch bei mittelhochdeutschen Dichtern; alte Glossaren erklären es durch secutor. Es ist also der Spürhund, der die Fährte verfolgt. Darnach scheint sehr wahrscheinlich, dass seg die Stammsilbe ist, entsprechend dem lateinischen sequor. Dann ist usius diejenige Bildung, welche Bopp in einer der schönsten Parthieen der vergleichen Grammatik, §. 788, im gothi-

---

nutritur heissen soll, nicht aufkommen. Mone's Bruchstück von Trier übersetzt hantzugiling, und dies scheint, wie Merkel in seiner lex Alamannorum S. 182 bemerkt, das pecus manuale dieses Gesetzes CII, 3 (S. 82), zu sein. Wenn aber dort Merkel zu den Worten qui dicitur alatus den Elch und gar den Vogel haliacetus aus Levit. XI, 13, welchen die Glossen tuhhari, tokare (Taucher) zu übersetzen pflegen, herbeizieht, so geht er völlig in der Irre. Lieber noch möchte ich alatus als Schreibfehler für tertus ansehen. Bei Hattemer I, 261 steht hantzuchilinga, altilia. Ein Wort haimzugiling führt Graff an IV, 951, ohne die Stelle und die Bedeutung anzugeben; es würde zu der Glosse qui domi nutritur passen. Beides, sowohl pecus manuale, als auch qui domi nutritur, könnte nichts als falsche Uebersetzung eines Wortes antzugling (von antziuhan, der Mutter entziehen) sein, woraus man aus Missverständniss hantzugiling und heimzugiling machte. antzugling aber wäre wirklich gleichbedeutend mit tertussus. Dieses aber weiss ich mit nichts zu vergleichen als mit goth. tvistass, Trennung, wonach also tertussus ganz richtig porcellus, qui sine matre vivere potest, bedeutet. Doch erregt auch ein vorausgesetztes Wort antzugling und die Ableitung seines Adjectivs tertussus von einem Substantiv tvistass gegründetes Bedenken. Sollte vielleicht in hantzuchiling das z aus einem mit t zusammentreffenden s entstanden sein? Dann würde antsugling zu sûgan (sugere) gehören; vergleiche ags. âsycan, ablactare.

*) Das starke ags. Verbum thicgan thah, ist das lateinische tangere. Darnach ist das altfränkische thethigio vollkommen dem lateinischen tetigerit entsprechend, und chanthethigio ist con(te)tigerit, das lateinische noch übertreffend, wie oben fifugio.

schen berusjos als Endung des Participiums Präteriti erkannt hat. Die nämliche Endung, und zwar nicht wie in berusjos und segusius zur Bildung eines Substantivs, sondern als wirkliche Participialendung könnte in dem sonderbaren andrepus enthalten sein, welches XXXII zweimal steht. Die Wurzel rép liegt wohl dem gothischen raibs, alth. reif (funis), sowie auch dem gleichbedeutenden ahd. rimo, Riemen, zu Grunde und bedeutet also wahrscheinlich ligare; dazu gehört vielleicht auch reba, die Rebe. Es ist also andrepus davon das Participium des Präteritums, gebunden habend, was ganz gut an beiden Stellen passt

Die Glosse, die am öftesten vorkommt, ist *leodardi* oder *leodasdi*. Grimm behandelt sie S. XI und LX. Sie kommt bei den verschiedenartigsten Verbrechen vor, und kann also unmöglich zur Bezeichnung derselben dienen. Man könnte vermuthen, sie gehöre zu dem häufig wiederholten Satz si ei fuerit adprobatum. Dagegen ist nicht einzuwenden, dass sie häufig steht, wo dieser Satz fehlt; denn wir haben schon gesehen, dass der lateinische Text nicht so vollständig ist, als der deutsche gewesen sein muss. Es fragt sich nur, ob überall wo die Glosse steht, dem Sinne gemäss auch jener lateinische Text stehen könnte. Dies ist aber nicht der Fall. Schon im Cap. XXXIV, wo von der Bestrafung dessen die Rede ist, der ohne Weg mit seinem Wagen über eines Andern Saatfeld fährt, kann schwerlich ein Läugnen und Beweisen unterstellt werden. Ganz deutlich aber ist Cap. LXV. Dort werden die Fälle nebeneinander gesetzt, wenn der Thäter gesteht, und wenn er läugnet. Die Glosse leodardi findet sich beim ersten, nicht beim zweiten; sie gehört also gewiss nicht zu dem Satz si ei fuerit adprobatum. Wenn sie aber doch etwas ausdrücken soll, was allen den Sätzen, in welchen sie vorkommt, gemeinsam ist, so kann dies nichts anderes sein als culpabilis judicetur. Und dies, glaube ich, ist wirklich die Bedeutung der Glosse. Es giebt ein Wort leodgeld (compositio), welchem zur Seite steht leudis mit der nämlichen Bedeutung. Man sagt, dies sei zusammengesetzt aus liud (homo) und geld (pretium) und heisse also pretium hominis. Allein dagegen spricht schon, dass zwar liudi im Plural homines bedeutet, nie aber im Singular liut homo, vir, sondern populus plebs. leodgeld könnte darnach nie, wie es doch immer zu verstehen ist, die Busse für einen Ermordeten sein, sondern nur für mehrere. Und wie sollte denn leudis gebildet sein? Man sagt, dies sei eine Abkürzung für leodgeld, gerade wie in den Eigennamen z. B. Heinz aus Heinrich wird. Aber sind das nicht ganz verschiedene Fälle? Oder könnte man auch statt Birnbaum abgekürzt Birne, statt Kirchthurm Kirche sagen? So wenig dies möglich ist, so wenig können die Franken der Abkürzung halber leudis statt liudgeld gesagt haben. Sondern das Wort leudis beweist vollkommen sicher, dass leodgeld nicht mit dem Substantiv leod (plebs), sondern mit einem Verbalstamm zusammengesetzt ist, von welchem leodis abgeleitet wird. Man vergleiche die beiden Wörter Manngeld (altn. manngiald) und Bussgeld. Neben diesem giebt es ein Wort die Busse, weil büssen ein Verbum ist; neben jenem kann es unmöglich ein Wort die Manne geben, weil Mann kein Verbalstamm ist. Da es nun neben leodgild ein Wort leode gibt, so kann leod nicht ein Substantivum sein wie Mann, sondern es muss wie Busse ein Verbalstamm sein. Die Bedeutung des Verbums leodan muss ungefähr die nämliche sein wie die von weren in virgeld und ags. vere, d. i. gewähren, praestare. Dies wird auch dadurch bestätigt, dass es ein sehr verbreitetes mittellateinisches Wort gibt *leuda, leoda, leda,* welches den Kaufpreis der Waaren bedeutet, und schwerlich etwas anderes ist als unser leudis, von welchem es nur zufällig ist, dass es nur auf den Preis eines Mordes beschränkt ist.

Wir haben ein starkes Verbum liudan, wachsen, und ein schwaches liuthôn, singen, wozu noch liutan, heucheln kommt. Wir gewinnen nun zu diesen drei ähnlich lautenden Zeitwörtern noch ein viertes, welches

Digitized by Google

altfränkisch liudan gelautet haben mag, und etwa bezahlen oder schuldig sein, büssen bedeutete *). Von diesem Verbum nun, welches wohl an Wörter der urverwandten Sprachen angeknüpft werden könnte, ist leodasdi oder leodardi eine Passivform mit der Bedeutung culpabilis judicetur. Wir haben schon gesehen, dass die Sprache der Glossen an Alterthümlichkeit der gothischen nicht nachsteht. Da nun die gothische Sprache noch ein Passiv besitzt, so darf es nicht verwundern, dass wir auch hier ein Passiv annehmen. Die Endung asdi mahnt an griechische Passivendungen -εσθαι, -εσθον, -εσθω, und scheint eine noch reichere Gestaltung des Passivs zu bewähren, als sie im Gothischen vorliegt. leodasdi trespellia, wie in LXIII bei dem Wergeld von 24000 Denaren für den ingenuus in hoste, dem dreifachen von 8000, dem gewöhnlichen Wergeld des ingenuus zu lesen ist, heisst wörtlich culpabilis judicetur in triplum, wie auch im lateinischen Text beim taurus trespillius III, 6 wirklich steht. trespellia (triplus) von tri, tre (tres) und goth. spill (narratio), wie mhd. zwispilde (duplus). Der taurus trespillius heisst so, weil für ihn dreimal soviel als für einen gewöhnlichen Stier erlegt werden muss.

Oft hat die eine Handschrift eine ganz andere Glosse als die andere; dies erklärt sich dadurch, dass aus dem vollständigen deutschen Satz der eine Abschreiber nur den Anfang, der andre nur den Schluss abschrieb, ein dritter vielleicht mit mehr Verständniss nur ein bedeutendes Wort aus der Mitte hervorhob, z. B. VI, 1 leodasdi, d. i. culpabilis judicetur; und trouuido uuano tuene chunne, worin sowohl sigusius magister, als auch die Zahl 1800 enthalten ist. VII, 1 hymnissith, d. i. si quis und ortfocta, d. i. accipitrem. XI, 1 taxaca zu furaverit und leodardi. XI, 8 norchlot, worin nusche zu clavem des Textes, und antidio zu effrigerit. XIV, 1 anthifalthio scheint zu in superventum zu gehören und musedo expoliaverit. XIV, 9 mosdo expoliaverit und urtifugia evaserit. XIX, 2 thouuer zu maleficium, urtifugiam zu evaserit u. s. w. Diese Erscheinung ist nicht zu erklären, wenn nicht einmal ein vollständiger deutscher Text vorlag. In 103 claudinario, daudinarias ist das Wort dinario = denarius; es steht auch XXVII, 17 in nascodinar. Wir lernen daraus, dass schon zur Zeit der Abfassung der lex der Denar sammt seinem römischen Namen Eingang gefunden hatte. Das clau, dau der Glosse ist vermuthlich die entstellte Schlusssilbe des vorhergegangenen Zahlworts.

Da es nicht meine Absicht ist, die Erklärung der Glossen so weit als möglich zu treiben, sondern nur über das Verhältniss derselben zum Text in's Reine zu kommen, so möge hier vorerst die Betrachtung dieser jämmerlich misshandelten ältesten Reste unsrer Sprache geschlossen werden. Es sind neckische Kobolde, diese Malberger Glossen. Sie winken dem Wanderer freundlich, und zeigen ihm einladend glänzende Schätze. Will dieser aber zugreifen, so verschwinden sie plötzlich sammt ihren Kostbarkeiten und der Getäuschte hört nur noch ihr Kichern und Lachen. Doch sind sie mehr muthwillig als boshaft, und wer es versteht ihre Gunst zu gewinnen, erhält wohl manchen werthvollen Edelstein. Mir ist der Umgang mit den kleinen Geistern lieb geworden, und obgleich ich keineswegs zweifle, dass die Schelme mir manchmal Katzengold für gutes verkauft haben, so scheide ich doch ungern von ihnen und mit der Hoffnung, ihnen noch öfter zu begegnen. Um sie aber zum Stehen zu bringen und vollkommen Gewalt über sie zu bekommen, ist es durchaus nöthig, noch irgendwo in einer alten Bibliothek eine Zauberformel zu finden, die sie bannt. Ohne eine Handschrift,

---

*) Sehr möglich ist, dass leudis und leodasdi nicht ein starkes Verbum liudan voraussetzen, sondern Ableitungen sind von goth. laian (culpare); wie dieses zur Sanskritwurzel lag'g' (pudere) gehört, habe ich Ablaut S. 73 angedeutet. Wie vitoth von vitan, ist laioth, leod, von laian gebildet, und davon laiothjan, leodjan.

welche die Glossen vollständiger und in besserer Gestalt gewährt, ist es unmöglich, eine genügende Erklärung derselben zu erhalten. Nichts aber könnte für die deutsche Sprachforschung von grösserer Bedeutung sein, als ein solcher übrigens durchaus nicht unmöglicher Fund.

Fassen wir zusammen, was sich uns aus der Betrachtung der Glossen für unsern Zweck ergeben hat, so finden wir:

I. Die Glosse beschränkte sich nicht auf einzelne Wörter, sondern enthielt vollständige Sätze. Die Malberger Glossen sind nicht eigentliche Glossen, sondern zerrissene Stücke eines vollständigen deutschen Textes.

II. Die Sprache der Glossen ist eine sehr alterthümliche; sie kann nicht jünger sein als die gothische in der Bibelübersetzung des Ulfila.

III. Der deutsche Text der Glosse war vollständiger und bestimmter, als der erhaltene lateinische ist.

Aus allen diesen Sätzen ziehen wir den Schluss: *der Grundtext der lex salica war deutsch; der lateinische Text ist eine Uebersetzung* *).

Man wird gegen unsern Satz einwenden, dass Paragraphen der lex salica, welche der spätern monarchischen und christlichen Zeit angehören müssen, malbergisch glossirt sind; daraus wird man schliessen wollen, dass die ganze Glosse erst nach Annahme des Christenthums habe entstehen können. Wir wollen die Stellen genauer betrachten. Was zuerst das Politische betrifft, so wird man solche Stellen hervorheben, in welchen dem König eine grössere Gewalt beigelegt wird, als ihm wahrscheinlich nach dem alten fränkischen Volksrecht zukam. Hier zeigt sich nun aber, dass in XLVI, 3 und nach der Auslegung Grimm's (siehe S. XXXI) auch XXVI, wo schon derjenige Text, welchen Waitz und Merkel für den ältesten halten, den König erwähnen, die Glosse statt ante regem setzt ana theoda, d. i. ante populum. Die Sache verhält sich also vielmehr so, dass der deutsche Text nur von dem versammelten Volke sprach, ohne den König zu nennen, der lateinische aber dafür ante regem setzte. Der deutsche Text erweist sich also als alter Grundtext, der lateinische als jüngere Uebersetzung, die den veränderten Verhältnissen gemäss an die Stelle der alten Volksfreiheit die Macht des Einzelnen erhob.

In Beziehung auf Religion und Kirche wird erwähnt 146: basilica super hominem mortuum und basilica ubi reliquiae sunt insertae aut basilica sanctificata und nochmals basilica 258. Ferner presbyter und diaconus 259. Die Glossen für die basilica werden von Grimm S. LII behandelt; sie sind alle ziemlich dunkel, aber so viel ist sicher, dass sie keines der Wörter enthalten, die durch das Christenthum in die deutsche Sprache kamen. Die Glosse für den Geistlichen ist mir in Grimm's Vorrede zu Merkels Buch entgangen, aber in der Geschichte der deutschen Sprache I, 563 sieht er darin das griechische Wort θεουργός, ein Wort, welches zwar nicht deutsch ist, aber auch nicht durch das Christenthum zu den Deutschen gekommen sein kann. Es ist also höchst wahrscheinlich, dass auch hier der deutsche Text keineswegs von christlichen Kirchen und christlichen Geistlichen sprach, sondern von heidnischen Heiligthümern und heidnischen Priestern, und dass an deren Stelle die spätere lateinische Uebersetzung die basilica und den presbyter setzte, wie sie den König

---

*) Ich könnte meine Ansicht völlig mit den Worten Leibnitzens ausdrücken, welcher de origine Francorum, 29 sagt: (leges Franci) scripto comprehenderant patrio sermone, unde reliquiae versioni latinae quam solam habemus insertae supersunt; quod ibi exstat Germanici sermonis omnium antiquissimum est anteriusque ipsis Ulfilae evangeliis Gothicis.

Digitized by Google

an die Stelle des Volks erhoben hatte. Also weit entfernt, dass diese Paragraphen des Gesetzes gegen unsere Annahme eines deutschen Grundtextes beweisend wären, dienen sie vielmehr zur Bestätigung derselben.

Dass aber auch noch diejenigen Capitel, welche von Chlodwig herrühren sollen, malbergisch glossirt sind, ist ganz in der Ordnung. Erst während der Regierung dieses Königs wurde die lateinische Sprache die kirchliche und officielle des fränkischen Reichs. Es ist sehr wahrscheinlich, dass Chlodwig in der ersten Zeit seiner Regierung seine Verfügungen nur in fränkischer Sprache ergehen lies, später vielleicht fränkisch und lateinisch zugleich.

Dass es aber vor Chlodwig einen lateinischen Text der lex salica gegeben, kann ich nicht glauben. Zwar behaupten Waitz und Merkel, der von ihnen gegebene Text müsse aus innern und äussern Gründen vor Chlodwigs Zeit verfasst sein. Diese innern und äussern Gründe sind aber nur diejenigen, welche allerdings vollständig überzeugend beweisen, dass die lex salica überhaupt schon vor Chlodwig geschrieben war, keineswegs der bestimmte lateinische Text. Es ist schon im Allgemeinen völlig unglaublich, dass das stolze Volk der Franken, als sie noch unvermischt mit romanischer Bevölkerung in ihren alten Wohnplätzen sassen, und in Religion und Politik, in Krieg und Frieden, im Gericht und im Haus völlig deutsch waren, in der Gesetzgebung sich der lateinischen Sprache bedient hätten. Es wird kaum eine andere Wahl bleiben, als entweder mit lateinischem Grundtext die Zeit der Abfassung des Gesetzbuches in die Regierung Chlodwigs herabzusetzen, oder die frühere Abfassung zu behaupten mit Annahme eines deutschen Grundtextes. Da nun fest steht, dass das Buch in eine ältere Zeit hinaufreicht, so bleibt nichts übrig, als den deutschen Grundtext zuzugeben.

Kein lateinischer Text kann in der Gestalt, wie wir ihn haben, älter sein als Chlodwig. Dies gilt auch von den Handschriften, welchen Merkel und Waitz den Vorzug geben. Ohne auf das einzugehen, was Grimm über das Verhältniss der verschiedenen Redactionen gegen Waitz überzeugend ausgeführt hat S. LXXX bis LXXXIV, will ich nur hervorheben, dass auch in Merkel's Text die Loire als Grenze des Reichs erwähnt wird, wohlgemerkt in einem Capitel, das keine Glossen hat, also nur für den lateinischen, nicht für den deutschen Text massgebend ist. Vergeblich bemüht sich Waitz, das alte Recht der salischen Franken, S. 59, nach dem Vorgang von Wiarda und Andern aus dem Fluss Liger die Leye bei Gent zu machen. Nirgends wird die Leye Liger genannt; nirgends wird die Leye als Grenze eines fränkischen Reichs angeführt. Dagegen sind die Loire, der Kohlenwald, der Rhein die grossen Grenzbestimmungen, die bei den Franken allbekannt waren. Hätte auch der erste Verfasser des Gesetzes unbegreiflicher Weise die Leye gemeint, so hätte doch später nie ein fränkischer oder romanischer Leser des Paragraphen etwas anderes als die Loire unter Liger verstanden *). Auch giebt Waitz selbst zu, dass die Leye, nämlich in ihrem obern Lauf, und der Kohlenwald nur *eine* Grenze bilden. Der Inhalt des Paragraphen aber verlangt, dass zwei einander entgegengesetzte Scheidelinien genannt werden. Schon aus diesem Grund ist es nicht anders möglich, als unter Liger die Loire zu verstehen. Wenn freilich

*) Für die Loire, die schon bei Cäsar und dann in den bekannten Stellen des Gregor von Tours, der gesta Francorum etc. in den Urkunden der Merovinger, z. B. Breg. LXXVIII als ein Grenzfluss genannt ist, sind Belegstellen überflüssig. Für die silva carbonaria führe ich an annales Metenses ad a. 690: Pippinus ad Carbonariam silvam pervenit qui terminus utraque regna dividit. Vita S. Evermari (1. Mai) Germania monarchia a silva Carbonaria usque Rhenum et a Mosa usque Mosellam, und noch eine vita s. Lamberti (17. Sept.) aus dem 12. Jahrh.: Austria hinc Rheno, illinc silva Carbonaria seu Hannonia concluditur.

Digitized by Google

aus der Nennung der Loire folgen würde, dass das Gesetz erst nach der Bekehrung verfasst sein könnte, und diese Folgerung wäre nothwendig, wenn, wie Waitz glaubt, der lateinische Text der ursprüngliche wäre, so wäre man in einem unlösbaren Widerspruch verwickelt, aus dem man sich nur durch die künstlichsten Mittel, wie die Verwandlung der Loire in die Leye scheinbar herauswinden könnte. Aus der Nennung der Loire folgt mit Sicherheit, dass der lateinische Text nicht vor Chlodwig verfasst wurde; aber das Gesetz musste schon vorher geschrieben vorhanden sein in einer andern Sprache, in der Sprache der Franken. Auch die Art, wie schon in den ältesten Texten das Recht der romanischen Bevölkerung berücksichtigt und gewahrt wird, beweist zur Genüge, dass das lateinische Gesetz nicht aus der Zeit des Chlodio herrührt, von welchem Gregor II, 9 nichts zu sagen weiss, als Romanos proterit, sondern höchstens aus der Zeit des Chlodwig, welcher zuerst den besiegten Romanen eine rechtliche Stellung gewährte.

Nun ist es auch Zeit, einen Blick zu werfen auf die in den lateinischen Text aufgenommenen deutschen Wörter. Nicht die Glosse, sondern diese latinisirten deutschen Wörter sind der Grund, weshalb die französischen Gelehrten einen deutschen Urtext annehmen. In der That ist es schwer zu begreifen, wie bei ursprünglich lateinischer Abfassung so viele deutsche Wörter Aufnahme finden konnten und darunter auch solche, die keineswegs den Franken eigenthümliche Rechtsgebräuche und Rechtsbegriffe ausdrücken, für welche es daher schwer gewesen wäre, bezeichnende lateinische Ausdrücke zu finden. Wie soll ein Romane dazu gekommen sein, die Wörter beudus, duropalus, scilla u. s. w. zu gebrauchen, wenn er dieselben nicht schon vorfand in einem deutschen Text? Waitz S. 25 sagt, man habe solche Ausdrücke beibehalten, wo ein römisches Wort das Wesen der Sache dem Volk entfremdet haben würde. Nun, entfremdet musste dem Volk jedenfalls durch die lateinische Sprache das fränkische Recht werden, und wenn man den Diebstahl und Todtschlag lateinisch benannte, so wird man nicht ängstlich vermieden haben, die Begriffe Tisch, Schwelle, Schelle in's Lateinische zu übersetzen. Beibehalten, sagt Waitz; aus was denn beibehalten, wenn vorher, wie er behauptet, weder etwas Schriftliches noch etwas Mündliches vorhanden war? Fast aber noch mehr als die latinisirten Wörter sprechen die Germanismen des Textes dafür, dass ein deutsches Original vorgelegen. Dazu kommt, wie Pardessus hervorhebt, dass die Abweichungen der Texte in Wörtern und Wendungen so gross sind, dass sie nicht auf einen lateinischen Grundtext zurückgeführt werden können, sondern nur als ursprünglich verschiedene Uebersetzungen desselben deutschen Grundtextes zu erklären sind. Diese Gründe mochten früher weniger Gewicht haben; jetzt aber, da so vieles für einen deutschen Grundtext geltend gemacht werden kann, werden auch diese Erscheinungen ein anderes Licht erhalten. Wir haben andere Gesetzbücher, die wirklich so entstanden sind, wie man die lex salica entstehen lassen möchte. Insbesondere das Edictum Rotharis ist ein deutsches Gewohnheitsrecht, für ein deutsches Volk in lateinischer Sprache geschrieben. Hier sehen wir, wie in solchem Fall verfahren werden musste. Eine Menge deutscher Wörter sind theils mit lateinischer Endung in den Text aufgenommen, theils der lateinischen Umschreibung zur Erklärung beigeschrieben. Dies trifft aber immer nur solche Wörter, die der deutschen Sprache, insbesondere der Gerichtssprache eigenthümlich und zur Bestimmung des Verbrechens wesentlich waren. Vergleicht man damit die lex salica, so wird man eingestehen, dass hier ein ganz anderer Fall vorliegt.

Fragen wir noch nach den äussern Zeugnissen über die Entstehung der lex salica, so haben wir allerdings fast nichts, was Werth hat, als die Nachrichten des grössern Prologs. Daraus erfahren wir, dass das Gesetz vor Chlodwig in einer Zeit, in welcher kein König genannt wird, geschrieben, durch Chlodwig und seine Nachfolger aber lucidius emendatum eine deutlichere und verbesserte Gestalt erhielt. Diese werthvollen

Digitized by Google

aber ziemlich unbestimmten Worte wird nun Jeder nach seiner Ansicht erklären. Ich verstehe sie so, dass das Gesetz lange vor Chlodwig fränkisch geschrieben, unter den ersten christlichen Königen aber in's Lateinische übersetzt und den veränderten Verhältnissen gemäss theilweise umgestaltet wurde. Sicher wird darin bezeugt, dass das Gesetz lange vor Chlodwig geschrieben war. Der Prolog nennt aber ferner die Männer, welche das Gesetz schrieben, und die Orte, wo es entstand. Die Namen der Personen können wir an keine historisch bekannten anknüpfen. Die Orte aber hat man bereits in allen möglichen Gegenden Deutschlands gesucht und gefunden. Vor allen Dingen muss entschieden werden, ob sie links oder rechts vom Rhein zu suchen sind. Hier begegnet uns nun der Zusatz des kürzeren Prologs: villae quae ultra Rhenum sunt. Ich begreife nicht, wie man diesem Zeugniss alles Gewicht absprechen kann. Man sagt, der kürzere Prolog sei nur ein Auszug aus dem längeren; da nun in diesem die Worte fehlen, so können sie auch in jenem nicht ächt sein*). Alt müsste jedenfalls der Zusatz sein, da auch die gesta Francorum die Nachricht aufgenommen haben. Schwer ist zu glauben, dass im sechsten oder siebenten Jahrhundert ein Abschreiber auf den Einfall gerathen sei, die Worte quae ultra Rhenum sunt aus reiner Erfindung beizusetzen. Auch ist keineswegs der kürzere Prolog ein Auszug des grösseren. Dass sie nicht unabhängig von einander sind, beweist allerdings die Gleichheit eines Satzes; aber die ersten Sätze des kürzern fehlen gänzlich im grössern und sehen doch keineswegs aus wie spätere Zusätze, sondern haben ganz das Ansehen, der ursprünglichen Fassung anzugehören. Dagegen fehlt dem kürzeren jede Beziehung auf das Christenthum, die in dem längern so reichlich und auffallend hervortritt. Wer den kleinern Prolog für den ächtern hält, wird nicht so leicht zu widerlegen sein**). Jedenfalls steht fest, dass bei den Franken die Ueberlieferung sich fortpflanzte, dass die lex salica auf dem rechten Ufer des Rheins zuerst verfasst wurde. Je älter man diese Ueberlieferung sein lässt, desto mehr gewinnt sie an Gewicht; je später man die Nachricht durch einen gelehrten Einfall oder muthwillige Erfindung entstehen lässt, desto schwerer ist ein solcher Einfall oder eine solche Erfindung zu begreifen.

Die neuere Wissenschaft, sagt Waitz, hat einmüthig die Ansicht von der diesseitigen Entstehung der lex salica aufgegeben. Zwar ist die ganze neuere Wissenschaft nicht im Stande, die Worte quae ultra Rhenum sunt aus dem kürzern Prolog und den Gesta zu vertilgen; aber ohne Zweifel hat sie für die jenseitige Entstehung Gründe von solchem Gewicht vorzubringen, dass jene Zeugnisse daneben ausser Betracht kommen. Ich finde jedoch nur einen einzigen Grund angegeben, den, der im Namen lex salica liegt. Darnach müsste das Gesetz bei den salischen Franken entstanden sein; diese aber seien nicht diejenigen, welche im Lauf der ersten Hälfte des fünften Jahrhunderts den Rhein überschritten, sondern diejenigen, welche schon von Julian auf dem linken Ufer des Rheins angetroffen und besiegt, aber in ihren Wohnsitzen belassen wurden. Dies sage auch der längere Prolog, welcher zwar nicht den Namen der Salier enthält, aber die Erinnerung an die römische Dienstbarkeit bewahrt. Chlojo sei ein König dieser salischen Franken gewesen, und unter ihm sei das Gesetzbuch enstanden.

Dagegen lässt sich mit Recht einwenden: die Franken, welche schon vor Julian auf römischem Boden

---

*) Waitz S. 41 und S. 46.

**) Mit guten Gründen wird das höhere Alter des kleinen Prologs vertheidigt von Julius Grimm de historia legis salicae, Bonn 1848. Der längere Prolog kann spätestens unter den Söhnen Chlodwigs geschrieben sein; der kürzere und die Worte quae ultra Rhenum sunt reichen also gewiss in eine Zeit hinauf, in der man noch etwas Genaueres wissen konnte.

wohnten, zeitenweise sich ziemlicher Unabhängigkeit erfreuten, aber öfters die römische Gewalt schwer empfanden, die Franken, welche fast ein Jahrhundert lang den Römern Abgaben entrichteten und in den römischen Legionen Kriegsdienste thaten, und von denen viele im römischen Heer zu grossem Ansehen gelangten, diese Franken, welche so lange unter römischen Gesetzen gelebt hatten, können sich unmöglich ein Gesetzbuch wie die lex salica gegeben haben, ein Gesetzbuch, in welchem so gar nichts Römisches aufgenommen ist, in welchem Alles unvermischt und unverfälscht deutsch ist. Der Name Salier scheint bald wieder ausser Uebung gekommen zu sein. Wenn Julian schreibt, er habe einen Theil der Salier unterworfen *), so scheint doch darin zu liegen, dass der grössere Theil des Volkes jenseits des Rheins geblieben sei. Und wenn Claudian singt XXI, 220:

> Rhenum mitescere cogis
> ut Salius jam rura colat flexosque Sicambros
> in falcem curvet gladios, geminasque viator
> quum videat ripas, quae sit Romana requirat,

so setzt er deutlich die Salier auf das rechte Rheinufer.

Wichtiger ist, dass Chlojo und also auch Chlodwig und seine Franken, also diejenigen Franken, bei welchen die lex salica in Geltung war, die Ueberlieferung hatten, nicht von jenen Saliern abzustammen, welche schon längst auf römischen Boden übergegangen waren, sondern von denjenigen, welche im fünften Jahrhundert den Rhein überschritten. Dies beweisen die zahlreichen Berührungen mit den Thüringern, die bei ihnen nicht vergessen waren. Die Burg, in welcher Chlojo selbst noch wohnte, lag in thüringischem Gebiet, in termino Toringorum sagt Gregor Tur. und die Gesta führen noch deutlicher aus in Germania ultra Rhenum. Um diesen Beweisgrund zu entkräften, sucht man darzulegen, dass die Gesta durch das Wort Toringi irregeleitet worden seien, Gregor aber von jenseitigen Thüringern spreche, denn es sei deutlich nachweisbar, dass es Thüringer westlich des Rheins gegeben habe So Waitz 48, Grimm Geschichte der deutschen Sprache S. 600. Wir müssen vor Allem untersuchen, mit welchen Gründen jenseitige Thüringer erwiesen werden sollen.

Grosses Gewicht wird dabei auf eine Stelle des Testaments des h. Willibrordus gelegt, worin ein pagus Turingasnes (Turingensis) erwähnt wird. Da fast alle Güter Willibrord's, meint Waitz, in Toxandrien liegen, so müsse auch dieser Turinggau in der Nähe, wahrscheinlich nördlich an den Mündungen der Maas und Waal zu suchen sein. Allein dies ist ein Irrthum. Im Testament des h. Willibrord ist allerdings und ohne allen Zweifel das eigentliche Thüringen im Innern Deutschlands gemeint. Die Stelle lautet: illuster vir Hedenus (mihi tradebat) in villa Aimestadi super fluvio Wielheo in pago Turingasnes. Wir haben noch die betreffende Schenkungsurkunde bei Brequigny CCLIV. Der Schenker ist der bekannte thüringische Herzog Hedenus oder Hetanus, der Sohn des Gozbert; die Urkunde ist ausgestellt zu Würzburg in castello Wirceburh; die Namen lauten hier Arnestali und Fluvius Huitteius, worin man leicht nur andere Schreibfehler für die obigen erkennt; gemeint ist Arnstadt an der Welge in Thüringen, wie dies Alles schon längst von Eckhard, Francia orientalis I. S. 312 vollkommen überzeugend nachgewiesen ist. Der nämliche Herzog Hedenus schenkte dem Willibrord noch andere ebenfalls in Thüringen gelegene Güter. Die Sache ist so deutlich, dass nicht der mindeste Zweifel übrig bleiben kann.

---

*) ὑπεδεξάμην μοῖραν τοῦ Σαλίων ἔθνους.

Digitized by Google

Ferner sollen jenseitige Thüringer begründet werden durch den thüringischen König Basinus, zu welchem Childebert, der Vater des Chlodwig, flüchtete. Hier könne nicht von den diesseitigen Thüringern die Rede sein, die zu weit entlegen gewesen, als dass Childebert zu ihnen hätte fliehen können; auch lasse Gregor Tur. die thüringische Königin Basina einmal vom Meere sprechen, weshalb sie unmöglich im Innern Deutschlands gewohnt haben könne. Diesen ziemlich schwachen Gründen steht entgegen, dass zur Zeit des Childebert wirklich im eigentlichen Thüringen ein König Basinus regierte. Wenn dies nachgewiesen werden kann, so versteht es sich von selbst, dass der thüringische König Basinus, zu welchem der Vater Chlodwigs floh, eben dieser und kein anderer ist. Der Beweis liegt in einer Stelle der vita S. Radegundis. Boll. 13. Aug. Venantius Fortunatus, Zeitgenosse und Freund dieser thüringischen Prinzessin, sagt von ihr: beatissima Radegundis, natione barbara, de regione Toringa, *avo rege Bassino*, patruo Hermenfredo, patre rege Berthario. Also der Grossvater der im Jahr 587 zu Poitiers gestorbenen Radegundis, der Vater des im Jahr 527 von Theodorich, Chlodwigs Sohn, besiegten Hermenfridus, hiess Basinus, und dieser konnte sehr wohl schon um 460 zur Zeit Childeberts zur Regierung gelangt sein. Wenn man also nicht nachweisen kann, dass jene vita dem Fortunatus mit Unrecht zugeschrieben wird, oder dass jene Stelle eingeschoben ist, so bleibt es dabei, dass die Königin Basina, die Mutter Chlodwigs, aus dem eigentlichen Thüringen kam.

Dafür spricht nun noch ein anderer Umstand, den die Vertheidiger jenseitiger Thüringer mit Stillschweigen übergehen. Theodorich, Chlodwigs Sohn, spricht bei Gregor Tur. 3, 28 vor dem Feldzug gegen die Thüringer zu den versammelten Franken: indignamini quaeso tam meam injuriam quam interitum parentum vestrorum, et recolite Thoringos quondam super parentes nostros violenter advenisse ac multa illis intulisse mala, qui datis obsidibus pacem cum his inire voluerant; sed illi obsides ipsos diversis mortibus peremerunt, et irruentes super parentes nostros omnem substantiam abstulerunt. Pueros per nervos femorum ad arbores appendentes, puellas amplius ducentas crudeli nece interfecerunt; ita ut ligatis brachiis super equorum cervicibus ipsique acerrimo stimulo moti per diversa petentes diversas in partes foeminas diviserunt. Aliis vero super orbitas viarum extensis sudibusque in terram confixis plaustra desuper onerata transire fecerunt, confractis ossibus canibus avibusque eas in cibaria dederunt. Diese Stelle beweist doch vollkommen deutlich, dass die Franken Chlodwigs nicht jene Salier waren, die seit Jahrhunderten schon jenseits des Rheines wohnten, sondern von jenen Franken abstammten, welche vor nicht sehr langer Zeit im Innern Deutschlands mit den Thüringern in feindliche Berührung gekommen waren.

Es wird ferner angeführt, dass die Thüringer, welche Chlodwig im zehnten Jahr seiner Regierung besiegt habe, nur westliche Thüringer gewesen sein konnten; die Nachricht Gregors ist allerdings sehr kurz und ungenügend, dass aber Chlodwig schon sehr frühe und vielleicht sogar schon sein Vater ernstlich an einen Krieg mit den Thüringern im Innern Deutschlanhs dachten, geht ganz deutlich aus einem Brief des ostgothischen Theodorich hervor, Cassiod. Var. III, 3. Als nämlich Chlodwig sich zum Krieg gegen den westgothischen Alarich rüstete, schrieb Theodorich an die Könige der Heruler, Warner und Thüringer, sie sollten sich erinnern, wie oft der Vater Alarichs drohenden Angriff benachbarter Völker von ihnen abgewendet habe; sie sollten jetzt dem Sohn den Dank erstatten, den sie dem Vater schuldig seien, und von ihrer Seite den Chlodwig beschäftigen, damit er sich nicht gegen Alarich wenden könne. Deutlich ist sowohl der geographischen Lage nach, als durch den Zusammenhang der Gedanken, dass die benachbarten Völker, deren drohenden Angriff der westgothische König von den Thüringern abwandte, keine andern sein konnten, als die Franken unter Chlodwig und Childebert.

Digitized by Google

So bleibt also zum Erweis westlicher Thüringer nur die einzige Stelle des Gregor Tur. 2, 9: dehinc transacto Rheno Thoringiam transmeasse. Da diese nun die einzige Stelle ist, so wird man wieder darauf zurück kommen müssen, sie für verderbt zu erklären. Entweder liegt der Fehler in transacto Rheno oder in Thoringiam, wofür schon längst Tungrorum vorgeschlagen ist.

Die Stellen, welche Grimm aus spätern Dichtern beibringt, S. 601, beweisen allerdings ein späteres belgisches Dorringen, welches vielleicht aus Tornacum entstanden ist. Ich kann sogar einen belgischen König Basinus in Dronghem nachweisen. Es steht nämlich bei den Bollandisten unter dem 14. Juli die Legende eines heiligen Basinus, deren wesentlicher Inhalt folgender ist: König Basinus aus königlichem Geblüt von christlichen Eltern geboren, erbaute eine Stadt, die er nach seinem Namen Basot (Baserode an der Schelde?) nannte. Einst auf der Jagd durch den verfolgten Hirsch in eine Wildniss gelockt, hatte er eine himmlische Erscheinung, in deren Folge er drei Kirchen längs des Laufs der Leye erbaute, eine davon an der Stelle, wo später der Ort *Dronghem* entstand, eine Meile von Gent. Später wollten eindringende Heiden die Kirchen zerstören, aber Basinus zog ihnen mit dem christlichen Heer entgegen und besiegte sie auf dem *Meldeesfeld*. In Folge der in der Schlacht erhaltenen Wunden starb er bald hernach und sein Leichnam wurde in der von ihm gestifteten Kirche in Dronghem beigesetzt, wo er wahrscheinlich noch jetzt ein Gegenstand der Verehrung ist. Merkwürdig für uns ist das Zusammentreffen der Namen Basinus und Dronghem, was wie Thuringheim lautet. Aber doch wird man diesen Zufall nicht geltend machen wollen gegen gleichzeitige historische Zeugnisse. Eben so wenig wird man Gewicht legen wollen auf die Worte eines späteren Schriftstellers in der zweiten vita S. Arnulfi, des im Jahr 640 gestorbenen Bischofs von Metz; Bolland. 18. Juli. Dort heisst es: isdem Praesul cum praefato rege Dagoberto Turingorum regionem intraverat quae non modica provincia pars est Germaniae secundae, in qua est Colonia metropolis. Die erste, viel ältere vita hat nur: cum patrias Toringorum intrasset.

Es war unsere Absicht, sowohl die Gründe für die jenseitige, als die für die diesseitige Abfassung der lex salica vollständig anzuführen und gegen einander abzuwägen. Die letzten scheinen uns trotz Waitz und der ganzen neuen Wissenschaft viel gewichtiger als die ersten. Die Sache aber zum Abschluss zu bringen, halten wir kaum für möglich. Man muss sich mit einer Wahrscheinlichkeit begnügen, wo zum völligen Erweis die Mittel fehlen. Eben so unsicher, wie über die Heimath der lex, sind die Zeugnisse über ihr Alter. Ausser den Nachrichten des Prologs, die keine bestimmte Zeit angeben, sondern nur die Existenz des Gesetzes vor Chlodwig ausser Zweifel setzen, haben wir nur die bekannte Stelle der Gesta, worin die Abfassung des Gesetzes in die Regierung des Faramund gesetzt wird. Zwar die Existenz des Faramund selbst zu bezweifeln, sehe ich keinen Grund, obgleich er bei Gregor Tur. nicht erwähnt wird. Die Gesta nennen ihn in Verbindung mit Marchomir und Sunno, und man wird daher entweder alle drei Namen verwerfen müssen, oder alle drei anerkennen. Da nun die beiden andern Namen durch einen gleichzeitigen Schriftsteller sicher sind *), so muss auch Faramund historische Geltung haben. Aber eine andere Frage ist, ob nicht die Stelle des Epilogs, der

*) Claudian XXI, 235: Provincia missos
expellet citius, fallax quam Francia reges
quos dederis. Acie nec jam pulsare rebelles
sed vinclis punire licet. Sub judice nostro
regia Romanus disquirit crimina carcer.

Digitized by Google

erste König der Franken habe das Gesetz schreiben lassen, dem Verfasser der Gesta Veranlassung gab, das Gesetz dem Faramund, der ihm der erste König war, zuzuschreiben *). Wenn die lex auf der rechten Seite des Rheins entstand, so kann sie nicht später als unter Faramund verfasst sein; denn schon in seiner Zeit begann die Veränderung der Wohnsitze. Und nach dem alterthümlichen Character der Sprache des ursprünglichen Textes, wie wir ihn in den Mahlberger Glossen erkennen, dürfen wir ebenfalls die Abfassung der lex nicht später als Faramund ansetzen, in das erste Viertel des fünften Jahrhunderts. Dagegen können wir von Seite der Sprache nichts dagegen einwenden, wenn das Gesetz noch um ein Jahrhundert weiter hinauf gerückt werden soll.

Zum Schluss will ich meine Ansicht über die Entstehung der lex salica kurz zusammenfassen. Caesar und Tacitus bezeugen einstimmig und in den deutlichsten Worten, dass die alten Germanen zu ihrer Zeit keinen Privatgrundbesitz kannten. Nur fahrende Habe konnte der alte Deutsche vererben, verschenken, verkaufen. Keine folgenreichere Veränderung konnte vorgehen, als die weitere Ausbildung des Eigenthumsbegriffs und die Anwendung desselben auf Grund und Boden. Wie schwer es war, die Deutschen an diese ihnen völlig neuen Rechtsverhältnisse zu gewöhnen, beweisen die lex salica selbst und noch spätere königliche Verordnungen. Das Cap. XLV de migrantibus zeigt, dass die Franken immer noch der Meinung waren, Jeder könne sich anbauen, wo es ihm beliebe. Und noch in dem edictum Hilperici vom Jahr 574 muss eingeschärft werden, dass nach dem Tod eines kinderlosen Mannes das Gut desselben nicht von den Nachbarn in Besitz genommen werden darf. Dasjenige Gut nun, welches in Privateigenthum überging, erhielt den Namen saliland, salihof, terra salica, von saljan (tradere), das ist das Land, über welches der Besitzer freie Verfügung hatte, und welches von ihm nur durch Erbschaft, Kauf oder Geschenk an einen Andern übergehen konnte **). Derjenige deutsche Volksstamm, bei welchem zuerst neben dem allgemeinen Boden solches Saliland vorkam, mochte davon den Namen der Salier erhalten. Eine unausbleibliche Folge der Einführung des Grundeigenthums war das Bedürfniss eines geschriebenen Gesetzbuchs. So entstand wahrscheinlich in den östlich vom Rhein gelegenen fränkischen Wohnorten und vermuthlich nicht später als im vierten Jahrhundert das in deutscher Sprache geschriebene salische Gesetz, welches nicht nur die neuern von vier dazu auserwählten Männern verfassten und in drei Versammlungen vom Volk angenommenen Bestimmungen zum Schutz der liegenden Habe enthielt, sondern in welches auch die altüblichen, vielleicht sogar in beschränkter Weise schon längst schriftlich aufbewahrten Bussätze für Diebstähle, Verwundungen und Tödtungen aufgenommen wurden. Später erlitt dieses Gesetzbuch manchfache Veränderungen, und nachdem die lateinische Sprache die officielle Geschäftssprache des fränkischen Reichs geworden war, entstanden Uebersetzungen, welche bald den deutschen

---

*Marcomeres Sonno*que docent quorum alter Etruscum
pertulit exsilium; quum se promitteret alter
exsulis ultorem, jacuit mucrone suorum;
res avidi concire novas odioque furentes
pacis et ingenio scelerumque cupidine fratres.

*) Siehe Waitz S. 80.

**) Es ist friesisch câplond, ags. bocland (was schwerlich zu boc (liber), wahrscheinlicher zu bycgan (vendere) gehört), Privateigenthum entgegengesetzt dem folcland, ager publicus.

Digitized by Google

Text verdrängten. Den spärlichen, in der traurigsten Vernachlässigung auf uns gekommenen Rest des ältesten deutschen Schriftdenkmals, die Malberger Glosse in das ihr gebührende Ansehen wieder einzusetzen, muss fortan eine Aufgabe der deutschen Philologie bleiben.

Druck von MALSCH & VOGEL in Carlsruhe.

Digitized by Google

PARSONS LIBRARY
University of
MICHIGAN

Digitized by Google

Digitized by Google

DE

SOCIETATIS ATTICAE ORIGINE ATQUE INSTITUTIS.

COMMENTATIONIS HISTORICAE

PARS PRIOR

PARSONS LIBRARY University of MICHIGAN

QUAM

FRIDERICO CREUZERO

OLIM PRAECEPTORI, HODIE COLLEGAE

CUM MUNUS PROFESSORIS ANTE HOS QUADRAGINTA ANNOS IN ACADEMIA RUPERTO-CAROLA SUSCEPTUM PRIDIE NON. APRIL. MDCCCXLIV CELEBRARET

GRATULABUNDUS PIE

OBTULIT

FRIDERICUS KORTÜM.

ACCEDUNT NONNULLAE JOSEPHI SCALIGERI, CUJACII, HOTOMANI ET DANAEI EPISTOLAE, EX AUTOGRAPHIS BONGARSIANIS, QUAE BERNAE ASSERVANTUR, NUNC PRIMUM IN LUCEM EDITAE.

HEIDELBERGAE.

SUMTIBUS J. C. B. MOHR, BIBLIOPOLAE ACADEMICI.

Digitized by Google

Digitized by Google

CAPUT PRIMUM.

Atticae societatis origo.

Acerrimum illud studium, quo incensi Athenienses communem patriae hostem propulsandum susceperant, sapientia illa et moderatio, quae, ut gliscentis invidiae materies deficeret, Spartanis non minus consilio quam strenuitate longe inferioribus, tamen imperium commissum voluerat, animi denique constantia, tot laboribus pro Graeciae libertate exantlatis comprobata, hae, inquam, virtutes id certe effecerunt, ut vel antequam ad Plataeas debellatum esset, longe plurimi Graeci primas Atheniensibus deferrent. Accessit huc quod, cum Spartani rem socordius agerent, Attica gens, Hellespontiis Jonibusque adjunctis, Persae fugacissimi vestigia pressit et *Sesto* expugnata (Ol. LXXV, 2), quam sui exspectationem concitavisset, minime destituit [1]. Quid? quod Aristide auctore brevi post pugnam Plataeensem lex perlata est [2], ut et omnium Graecorum legati (πρόβουλοι καὶ θεωροί) quotannis ad *Plataeas* convenirent, et Graecae societatis, contra Persas initae, exercitus decem millia peditum, mille equites, centum triremes complecteretur [3]. Cui Atheniensium gratiae et dignitati fastidium Spartanorum, quorum dux Pausanias imperium in licentiam verterat, calculum exinde addidit. Quippe Chii, Samii aliique insulani cum beneficia ab Atheniensibus antiquitus accepta memoria tenerent [4], Pausaniam vero ejusque successores inveterato odio prosequerentur, Laconum signis relictis, Jonicae gentis principi imperium (τὴν ἡγεμονίαν) sua sponte detulerunt (Ol. LXXVII, 2) [5]. Ac jam inde Athenienses, qui Cimone duce ex *Eione* Stry-

1) Cf. Thuc. I. 89. Herod. IX. 116. 123.

2) ἔγραψεν τὸ ψήφισμα. Plutarch. Aristid. c. 21.

3) σύνταξις Ἑλληνική. Plut. l. l.

4) Caribus nempe expulsis Athenienses colonias in Cyclades aliasque insulas deduxerunt. Isocrat. panath. §. 43. p. 241. ed. Francof.

5) Thuc. I. 94. 95. Plut. Aristid. c. 23. Isocrat. panath. §. 52. p. 243.

monia Persas, ex *Scyro* Dolopes ejecissent (Ol. LXXVII, 3) [6]), in eam gratiam venerunt, ut Aristide auctore tum *aerarium commune* tum *tributa*, pro sociorum facultatibus in communes usus exigenda atque a *quaestoribus* Graeciae (Ἑλληνοταμίαι) administranda cunctis suffragiis instituerentur (Ol. LXXVII, 3) [7]). Et vero cum initio saltem ex mutua dignitate atque utilitate aequitas imperii coleretur (ἀπὸ τοῦ ἴσου ἡγεῖσθαι), neque quidquam nisi foederatorum concilio jubente fieret, socii paulatim eo securitatis progressi sunt, ut plerique non solum Atheniensem in Naxiis, qui defectionem fecissent, castigandis pro virili adjuvarent (Ol. LXXVII, 4) [8]), sed etiam ad sumtus faciendos *navium loco* pecunias pro rata quique portione conferre statuerent (Ol. LXXVIII, 1). Quod quidem non impune est factum; etenim Athenienses, ut quibus tum socii otio emarcescentes et vero etiam nonnunquam reliquatores [9]) severioris imperii ansam praeberent; tum victoria ad Eurymedontem reportata certissimam rerum potiundi spem attulisset (Ol. LXXVIII, 1) [10]), et aerarium sociis invitis Athenas transtulerunt et in *Thasios*, jam tandem libertatis memores, arma converterunt victricia (Ol. LXXVIII, 2). Atque sociali bello, cui et Spartani praepostere se immiscerent, prosperrime cedente, ea demum Atticae societatis ratio obtinere coepit, ut *vectigalium* (ὑποτελεῖς) et *liberorum* (αὐτόνομοι) discrimine invento, recentis pristinique rerum status imago cerneretur [11]).

CAPUT SECUNDUM.

De Atticae societatis legibus atque institutis.

Initio quidem cum Graeci principatum Atheniensibus sponte sua detulissent, omnes socii *juris aequabilitatem* [12]), *legum ferendarum* (αὐτονομία) et *vecti-*

6) Thuc. I. 98.

7) Thuc. I. 96. Cornel. Nep. Aristid. c. 3. Plutarch. Aristid. c. 24.

8) Thuc. I. 98. 99.

9) Thuc. I. 99.

10) Thuc. I. 100. Plut. Cimon. 12. 13.

11) De Thasio bello cf. Thuc. I. 100. Plut. Cimon. c. 14. Thuc. III. 10, unde liquet socios sociis magna ex parte arma intulisse.

12) Thucydides hanc notionem vocabulo αὐτόδικος l. V. 18. expressit, quam vocem scholia ita illustrant: „αὐτόδικοι ἄνθρωποι, οἱ ἐν αὐτοῖς τὴν διαφορὰν δίκῃ λύοντες, καὶ μὴ μετάγοντες αὐτὴν εἰς ὑπερορίους ἀνθρώπους“ p. 571. vol. II. ed. Bauer. et p. 715. vol. I. De reliquo non est quod moneamus, Latinorum *juris aequabilitatem* Graecorum vocibus: ἰσονομία, ἰσομοιρεῖν (Isocrat. panegyr. §. 17. p. 44.) proprie respondere.

Digitized by Google

galium exercendorum (ἡγεμονία) potestatem habuere. Ut expeditiones de communi consilio suscipiebantur (ἀπὸ κοινῶν ξυνόδων) [13]), ita neque solemnes conventus, quovis anno agendi, Atheniensibus quidquam addicebant, nisi quod cum praesidis munere atque dignitate conjunctum esse videretur. Qui commune aerarium administrabant *Graeciae quaestores* vel *Hellenotamiae*, quamvis sociorum tributa pro certo censu exigerent, accepti tamen et expensi rationem reddebant gravissimam [14]).

Neque infitias iverim, Athenienses, ad quos provocare disceptantibus liceret, morum socialium quandam praefecturam et ephoriam exercuisse [15]). — At etiam Thasio bello confecto, socii pristinam dignitatem adeo non obtinuerunt, ut *vectigales*, quos haud scio an recte dixerim *mercenarios et clientes* Atticae reipublicae, vitam non auro, sed libertate redimerent.

Atque tributum, quotannis solvendum, in tantum accrevit, ut *Pericle* reipublicae gubernacula tenente, DC, serius adeo MCCC talenta vectigalis nomine exigerentur [16]). Jam vero, cum res in summam invidiam esset adducta, *quaestores* (Ἑλληνοταμίαι), tributorum exactores, fastidiosum negotium Salaminiae Paralique praefectis (ἐκλογεῖς) injungere solebant et quidem ea potestate, ut pecuniae, statuto tempore i. e. vernis Dionysiis Athenas non collatae, per vim et quacunque demum ratione extorquerentur [17]). Quin etiam tributa,

13) Thuc. I. 97.

14) Aristides, census auctor, 460 talenta sociis imperavit. Corn. Nep. Aristid. 3. Thuc. I. 96. Plut. Aristid. 34. De Graeciae quaestoribus, quos ex Atheniensibus sociorum suffragiis electos fuisse probabilis conjectura est, vides. Polluc. s. h. v. Quem nollem Boeckhius, in oeconom. I. p. 190. mendacii insimulasset; nam grammatici locus cum Pausaniae c. 52. l. VIII. collatus id duntaxat evincet: 1) *tributa* initio quidem ad *solos* insulanos et orae maritimae accolas pertinuisse; 2) Athenienses, plurimarum coloniarum deductores, pro metropolis (majoris patriae) juribus magistratus colonorum quosdam vel instituisse (Thuc. I. 25. et Suid. s. v. δημιουργός) vel creandos curavisse; attamen horum magistratuum quae ratio, qui fines fuerint, parum constat. *Athenis certe coloniarum Graecarum matri cognatio quaedam intercedit cum Atticae societatis principatu.*

15) Plutarch. Pericl. c. 24 et 25. δίκας λαβεῖν καὶ δοῦναι παρ' Ἀθηναίων.

16) Thuc. II. 13. Plut. Aristid. c. 24.

17) De magnis Liberalibus cf. schol. ad. Aristoph. Acharn. pag. 282. „τὸ μὲν πρῶτον ὁ τῶν Διονυσίων ἀγὼν ἐτελεῖτο ἔαρος ἐν ἄστει, ὅτε οἱ φόροι Ἀθήνησιν ἐφέροντο· τὸ δεύτερον ἐν ἀγροῖς ὁ ἐπὶ Ληναίῳ λεγόμενος, ὅτε ξένοι οὐ παρῆσαν Ἀθήνησι. — εἰς τὰ Διονύσια ἐτέτακτο Ἀθήναζε κομίζειν τὰς πόλεις τοὺς φόρους, ὡς Εὔπολίς φησιν ἐν πόλεσιν.“ — Laudatae naves, de quarum praefectis — ἐκλογεῖς — Boeckhius in oecon. primus accurate disputavit I. 168. ταχεῖαι ἀργυρολόγοι ab Aristophane Equit. p. 297. appellantur (v. 1068. 922). Thuc. III. 19. II. 69. Qui locus cum ad Ol. LXXXVII,

ut quodammodo immortalia fierent, nonnunquam vel praeter ordinem sociis sunt imposita (ἀργυρολογεῖν).

Neque liberam legum ferendarum atque abrogandarum potestatem *vectigales* (stipendiarii) habuerunt; quippe Athenienses cum omnia optimatium vestigia deleta vellent, mores, jura, instituta sociorum ad democraticas leges aeque exegerunt, atque imperium summamque reipublicae administrandae curam certis magistratibus commiserunt. Quibus primum adnumerandi sunt *praefecti* (ἐπίσκοποι) vel *custodes* (φύλακες), Spartanorum *harmostis* et dignitate et munere haud dissimiles. Quae Antiphontis rhetoris sententia in conjecturam nos ducit, *praefectos* rei militaris curam, praesidiique (φρουροί) imperium tenuisse [18]).

Jam porro *archontes* (ἄρχοντες) vel *summi causarum forensium arbitri*, reditibus administrandis, legibus ferendis et abrogandis, juri denique dicundo cum ex indigenis tum ex Atheniensibus creati, quale in subditos (ὑπήκοοι) imperium exercuerint, etsi parum constat, comparatio tamen cum Laconicorum *decemvirorum* (δεκαδαρχίαι) munere facta dispersis auctorum testimoniis lucis aliquid affundit [19]). At vero *jurisdictio* ita exercebatur, ut *capitales* quidem

3. pertineat, id sane edocere videtur, vocem ἀργυρολογεῖν non ad εἰςφοράν, Ol. LXXXVIII, 1. demum institutam, sed ad certum quoddam vectigalium genus, puta tributa extra ordinem imposita, referendam esse.

18) Vid. Harpocrat. s. h. v., quocum Aristophanis scholiast. ad Av. plane facit. „οἱ παρ' Ἀθηναίων εἰς τὰς ὑπηκόους πόλεις ἐπισκέψασθαι τὰ παρ' ἑκάστοις πεμπόμενοι ἐπίσκοποι καὶ φύλακες ἐκαλοῦντο· οὓς οἱ Λάκωνες ἁρμοστὰς ἔλεγον.“ De *harmostis* conferas velim Pausan. VIII. 52. Diod. Sic. XIII. 66. ἁρμοστής Lesbiorum praefectus jam Ol. XCI, 4. ap. Thucydidem occurrit VIII. 5. De etymo vocis conf. Poll. onom. §. 153. et §. 46. 38. „εἴποι δ' ἄν τις αὐτοὺς (τοὺς διαλλάκτας) καὶ ἁρμοστάς.“ Haud scio an nihil quidquam melius respondeat rationi hujus magistratus quam Boeotorum κατόπτης „inspector“, cujus mentionem facit inscriptio ap. Boeckh. Oecon. II. p 274. — De reliquo notes velim, jam Amphipolis praefectum „custodem“ (φύλακα) dici. Thuc. IV. 104. — φρουροί. Thuc. I. 115.

19) De Laconum *decemviris*, quos Lysander primus instituisse fertur, vide sis Isocrat. panath. p. 243. Diodor. S. XIV. 13. Pausan. IX. 32. 6. IX. 6. 1. Plutarch. Lysander c. 19. „τῶν μὲν ἄλλων πόλεων ὁμαλῶς ἁπασῶν κατέλυε τὰς πολιτείας καὶ καθίστη δεκαδαρχίας.“ δέκα ἄρχοντας c. 13. Atticorum ἀρχόντων vel *sociis praefectorum* mentionem injecit Aristoph. Av. v. 1049.

ἐὰν δέ τις ἐξελαύνῃ τοὺς ἄρχοντας,
καὶ μὴ δέχηται κατὰ τὴν στήλην.

Archontes igitur plebiscita, leges promulgabant. — *Sami* autem, quos vectigales fuisse constat, Atticos archontes, ἄρχοντας, οἳ ἦσαν παρὰ σφίσιν, captos Persis tradunt. Thuc. I. 115.

causae Athenas evocatae ex Attico jure dirimerentur, levioris autem notae lites archontibus commissae ex sociorum jure dijudicarentur. Quod et aequitas et ipsa rei ratio postulasse videtur. Neque dubitaverim, lites ex contractibus, pacto, ex emtione et venditione natas, controversiasque pecuniarias [20]) ex commercio juris praebendi repetendique ita disceptatas fuisse, ut civitas, cujus in finibus controversia mota esset, eadem et forum indiceret et pro suis juribus litem secaret [21]). — At enim sociorum jurisdictio cum nequaquam esset libera, saepissime accidit, ut sycophantae, delatores callidique subscriptores (*κλητῆρες*) litem ex lite serentes, nec quidquam pensi atque moderati habentes, ab insulanis praesertim pecunias impudentissime extorquerent [22]).

Denique *secretiores ministri* (*κρυπτοί*, germanice *Heimlicher, Rüger*), cui muneri praepositi fuerint, quamquam memoriae non proditum est, tamen aeque nomen atque Attica reipublicae gerendae praecepta sententiam firmare videntur, magistratus illos eo consilio fuisse institutos, ut *morum praefecturam* cum potestate *in sontes animadvertendi* conjunctam exercerent. Etenim Athenienses democratiae studiosissimi nihil certe antiquius habuere, quam ut mores et instituta popularia aeque domi ac foris religiosissime colerentur. Cujus instituti ratio quamvis ab Attica liberalitate, quae civium vitam privatam moresque do-

Coll. Boeckh. Oecon. I. 437. — Plutarch. Lysand. c. 13. „*καταλύων δὲ τοὺς δήμους καὶ τὰς ἄλλας πολιτείας, ἕνα μὲν ἑκάστῃ Λακεδαιμόνιον κατέλιπεν, δέκα δ' ἄρχοντας ἐκ τῶν ὑπ' αὐτοῦ συγκεκροτημένων κατὰ πόλιν ἑταιρειῶν.*" Qui locus, cum capite XV. collatus argumento est, penes *harmostas* summam rei militaris curam fuisse, decemviros — *δεκαδαρχίας, δεκαδάρχους, ἄρχοντας* — autem civium praefecturam tenuisse.

20) „*δίκας ἀπὸ συμβόλων, δίκαι ξυμβολαῖαι*" Thuc. I. 77. Aristot. polit. III. 1. *τὰ περὶ τὴν ἀγορὰν συμβόλαια*. IV. 15. *τὰ συμβόλαια* et VI. 8. Polyb. reipubl. form. ed. Schweigh. II. p. 490. *συναλλάγματα*.

21) Ita Thucydideus locus de *δίκαις ξυμβολαίαις* I. 77. ex nostra quidem sententia explicandus est. Eadem fere ratio fuit foederis, quod Spu. Cassio auctore Romanos cum Latinis iniisse Dionys. Hal. antiq. rom. VI. 95. refert: „*τῶν τ' ἰδιωτικῶν συμβολαίων αἱ κρίσεις ἐν ἡμέραις γιγνέσθωσαν δέκα, παρ' οἷς ἂν γένηται τὸ συμβόλαιον.*" Caeterum notandum est, causas sociorum veris initio, mense Munychione Athenis ex more diremtas esse. Aristoph. Av. 1478. ib. schol. „*τῷ Μουνυχιῶνι μηνὶ τοῦ ἔαρος δικάζονται αἱ πρὸς τοὺς ξένους δίκαι.*" coll. v. 1047.

22) Exemplum occurrit ap. Aristoph. Av. v. 1422. Qui hic memorantur *κλητῆρες νησιωτικοί* duplice munere et *apparitoris* et *testis* functi esse videntur; quippe schol. ita explicat: *εἰς δίκην καλοῦντες — μαρτυροῦντες τοῖς καλοῦσιν εἰς δίκην — ὁ τοὺς τὰς νήσους οἰκοῦντας συκοφαντῶν καὶ εἰς δικαστήριον ἄγων.* Quam ob rem et *στρεψοδικοπανοῦργοι* appellantur. Av. v. 1466.

mesticos graviori disciplina non adstringebat [23]), mirum quantum abhorreat, est tamen unde excusationem petere possit, Laconicae oligarchiae odium dico. Spartani nimirum, qui ubique locorum statum popularem radicitus evellere gestirent neque ullam temporis, coeli, indolis alienae rationem haberent, Athenienses moverunt, ut iisdem armis et artibus optimatium imperium propulsarent. Longum est notissimae rei argumenta laudare, quae tota eventorum series exhibeat; hoc unum monuisse juvabit, *ministros secretiores* tum ex sociis tum ex Atheniensibus selectos duplicem dignitatem *speculatorum* atque *quaestorum capitalium* obtinuisse. Quippe clandestina hostium consilia sociorumque studia rimantes et delatorum grege stipati id cavebant, ne quis facto dictove in rempublicam peccaret. Atque huic muneri invidiae et fastidii pleno ut dignitas quaedam accederet, qui a secretis erant quaestorum capitalium instar laesae majestatis similiumque criminum reos poenis, ut videtur, nonnunquam afficiebant. Et certe quandoquidem testibus semotis judicia secreto ut vel hodie apud Germanos aliosque populos exercebantur, *sociales Areopagitae* (si ita dicere fas est) communem omnium sociorum reverentiam atque horrorem praesidii loco habuere.

Postremo *stipendiarii* bello exorto cum inter gravis armaturae milites, tum lixarum, munitorum, operariorum, remigum, nautarum catervas recepti, virtutis incitamento et praemio carebant, id unum quodammodo agentes, ut mercenaria sua opera compedes non laxarent sed adstringerent.

Qui *aequo foedere* in Atheniensium amicitiam venerant socii quamvis *legum ferendarum*, juris dicundi, vectigalium imponendorum liberam potestatem haberent, tamen Atticae societatis opera non effugerunt. Princeps nimirum civitas bello ingruente designabat navalium et terrestrium copiarum numerum, bellici apparatus finem modumque, diem denique atque locum, quo auxilia convenirent [24]). Attamen socii, qui sub propriis vexillis militarent neque stipendium ab Atheniensibus acciperent, legionibus plerumque accensi et praemia victoriae et Attici imperii dignitatem iidem quodammodo participabant [25]).

23) Thucyd. II. 37. „ἀνεπαχθῶς τὰ ἴδια προσομιλοῦντες.“ VII. 69. „πατρίδος τε τῆς ἐλευθερωτάτης ὑπομιμνήσκων, καὶ τῆς ἐν αὐτῇ ἀνεπιτάκτου πᾶσιν ἐς τὴν δίαιταν ἐξουσίας.“ De *secretioribus* ministris, κρυπτοῖς, lexic. Seg. haec habet: κρυπτή· ἀρχή τις ὑπὸ τῶν Ἀθηναίων πεμπομένη εἰς τοὺς ὑπηκόους, ἵνα κρύφα ἐπιτελέσωσι τὰ ἔξω γινόμενα· διὰ τοῦτο γὰρ καὶ κρυπτοὶ ἐκλήθησαν.

24) Thuc. VIII. 9. VI. 25.

25) Thuc. VI. 25. „ὁπλίταις δὲ τοῖς ξύμπασιν Ἀθηναίων καὶ τῶν ξυμμάχων“ Coll. VII. 63 s. f. „ἐκείνην τε τὴν ἡδονὴν ἐνθυμεῖσθαι (παραινῶ, verba sunt Niciae), ὡς

Quamquam, ut sociis honor haberetur, at bellum Atheniensis semper suo auspicio gerebat neque facile quidquam, cujus magnum momentum esset, cum auxiliarium ducibus communicabat. Quod ut a taciturnitate, quadam rei militaris lege, aliquid excusationis petere potuit, non quidem justae, at speciosae certe, ita prava ista ratio, sociis insciis, quid? quod invitis, inducias, foedera etiam cum hostibus paciscendi sociorum voluntatem, superbiae suspicione injecta, sensim sensimque abalienavit.

Postremo quia juris aequabilitas Atticae civitati cum sociis intercedebat, res repeti, reddique per conventionem poterant, et si quarum turbata possessio esset, eae ex formula juris, quod in actoris republica valebat, componebantur (*δίκας δοῦναι καὶ λαμβάνειν*).

ἀξία ἐστὶ διασώσασθαι, οἳ τέως, Ἀθηναῖοι νομιζόμενοι, καὶ μὴ ὄντες ὑμῶν, τῆς τε φωνῆς τῇ ἐπιστήμῃ, καὶ τῶν τρόπων τῇ μιμήσει ἐθαυμάζεσθε κατὰ τὴν Ἑλλάδα, καὶ τῆς ἀρχῆς τῆς ἡμετέρας οὐκ ἔλασσον κατὰ τὸ ὠφελεῖσθαι, ἔς τε τὸ φοβερὸν τοῖς ὑπηκόοις, καὶ τὸ μὴ ἀδικεῖσθαι, πολὺ πλεῖον μετείχετε. ὥστε κοινωνοὶ μόνοι ἐλευθέρως ἡμῖν τῆς ἀρχῆς ὄντες, δικαίως ἂν αὐτὴν νῦν μὴ καταπροδίδοιτε."

EPILOGUS.

Nonnullae Josephi Scaligeri, Cujacii, Hotomani et Danaei epistolae.

I. *Josephi Justi Scaligeri epistola ad Petrum Danielem* [1].

Monsieur et frere! je receus ces jours passés vos lettres et bienqu'elles fussent datées de long temps, ensemble quelques fragmens de votre *Servius* [2], lesquels me sont bien venus à propos pour mon *Festus* [3], lequel est sur la presse avecques mes notes. Je ne fauldrai à vous en envoier sitost qu'ils seront imprimés. J'executai quand et quand le contenu de vos lettres et les monstrai à Mr. de Normandie, lequel non seulement m'a offert de rendre les

1) De Josepho Justo Scaligero, qui Julium Caesarem patrem si non ingenio et virtute bellica, at doctrinae varietate et liberae veritatis amore aequabat, Thuanus, egregius ille Francogallorum historicus, ita judicavit: „Ex quibus (liberis Julii Caesaris) ultimus hodie superat Josephus Justus Scaliger, qui secundum patrem nunc inter literatos et in re literaria principem sine controversia locum tenet, vere eruditorum Phoebus, ut politissimi ingenii vir eum indigitavit." (Histor. lib. XXI. p. 949. ed. Francof.). Scaliger reformatae ecclesiae praeceptis et sacris addictus cum Parisiensis laniena, cui ipse interfuisse falso traditur, signum atrocissimi belli proposuisset (1572) ad Helvetios potissimum secessit pluresque per annos Genevae, Lausonii et Basileae commoratus est. Qua ex urbe literas dedit subsequentes ad Petrum Danielem, eruditum amicum. (Obiit 1603. Cf. Morerii lexicon.) Alteram Scaligeri epistolam Gallice scriptam ad eundem Danielem jam Muellerus, professor Bernensis, in *analectorum Bernensium* particula secunda p. 41. evulgavit. Quae epistola ita inscripta est: „A Monsieur Mons. Daniel, Avocat en la Court de Parlament, demeurant ches Mons. Joly, Procureur en la dicte Court, rue St. Jehan de Beauvois à Paris."

2) Virgilius cum commentariis Servii, ex bibliotheca Petri Danielis. Parisiis. 1600. fol.

3) Verrius et Pomponius Festus cum Josephi Scaligeri castigationibus. Parisiis. 1576. 8.

Digitized by Google

scedules, mais encores est allé chez *Henri Estienne* [4]) plusieurs fois pour lui rendre les dictes scedules et retirer de lui les livres. Mais il n'en veult rien faire, cherchant nescio quas προφάσεις, tantost qu'il les cherchera, tantost qu'il ne les trouve pas. Ce n'est pas la premiere fois, qu'il a versé mal avec tous ceux qui ont eu affaire avecques lui, ni ne seres vous pas aussi le premier qui vous pourres plaindre de lui. Parquoi je suis d'avis que vous lui escriviés, pour le contraindre à faire son devoir. Aultrement je ne sai si vous pourres avoir aulcune raison de lui. J'ai faict ce que j'ai peu, et vouldrais faire encores d'avantage. Mesmes je suis marri, que pour certe fois la peine de Mons. de Normandie et la mienne est reuscie à si peu d'effet. Touchant les opuscules de Virgile pour les adjouster au Virgile, qui s'imprime, je vous en eusse escrit; mais laissant à vous escrire d'aultres choses en brief, je ne vous manderai pour le present aultre chose, si non que vous facies mes recommendations à Mr. Pithou [5]), s'il vous plaist et m'excuseres envers lui, si je ne lui ai escrit, et remercié des livres que j'ai receu de lui: lesquels j'emploierai bientost à executer le dessain, pour lequel je les lui ai demandés. Il y a un an entier, que Gryphius me tient mon *Ausone* [6]) et l'aiant presque parachevé tellement qu'il n'y manque que deux ou trois quaiers (cahiers), il le laisse ainsi pro *derelicto*. De quoi je suis fort fasché. Et c'est la cause pourquoi je ne vous en envoie pas. Mais je vous escrirai plus amplement en brief et à Mons. Pithou. Je vous remercie bien fort de vostre *Servius*. Et eusse voulu que vous y eussiés adjousté *ritus et ceremonias*, qui m'eussent fort aidé pour mon *Festus*. Encores ce ne seroit pas trop tard s'il vous plaisoit me les envoier de bonne heure. Je vous prie me mander des nouvelles de Mr. d'Abain, affinque, s'il est en France, je lui puisse escrire. Si vous le voies il vous plaira lui faire mes tres humbles recommendations. Et lui asseure qu'il est ainsi, me souvenant de la bonne compagnie et de l'honneur que j'ai receu en icelle. Vous ne sauries croire, que je regrette d'estre privé de la compagnie d'un si vertueux seigneur mesmement à present voiant le temps si mal disposé, que je pense ne le voir jamais, ou tout le moins que ce ne soit bien tard. Toutesfois il ne sauroit estre si tard, que je ne soye toujours à lui, et non à aultre. Et n'eus jamais si grande voulonté de lui faire

4) De hoc insigni philologo, cujus levitatem Scaliger nostro loco acerbe taxat, cf. Passovii scripta miscellanea p. 317.

5) Petrus Pithoeus, jurisconsultus, philologus et historicus, 1506 obiit.

6) Ausonius emendatus a Josepho Scaligero et Scaligeri Ausoniarum lectionum libri duo. Lugduni. 1575. 8.

Digitized by Google

service, que j'ai à present. Il m'a faict renoncer à voire aux plus grands princes, afinque *ego sim illi uni devotus.* Et trouveres tousjours que je lui garderai cette foi, et par ce que je suis Chrestien et par ce que je suis de la Scala. Il vous plaira doncques m'advertir s'il est en France, affin que je lui escrive. Aussi je desire estre recommandé bien fort à la bonne grace de Mr. de Boistailli [7]) et lui dires s'il vous plaist, que si je lui puis faire service, qu'il me trouvera tousjours dedié à lui et pour l'amour de feu Mr. de Boistailli son pere, et pour sa vertu. Car encores que je ne l'aie veu, si est ce que *non tam aversus equos nostra sol jungit ab urbe*, que je n'aie oui parler de sa doctrine et vertu. Je m'esbahis fort de Mr. Gardesi, qui ne m'escrive, il m'est redevable de plusieurs lettres, que je lui ai escrit, sans avoir receu aulcune response de lui. Vous l'en avertires, s'il vous plaist. Au reste je vous prie que vostre *Servius non lateat diutius.* Et que vous le facies imprimer le plustot, que vous pourres. Et me recommande bien fort.

Mr. je prie Dieu vous donner en santé bonne et longue vie.

De Basle ce premier Juillet 1574.

Je vous prie aussi, si vous voyez Mr. de la Rochepozai [8]), lui faire mes tres humbles recommendations.

Vostre entier ami à vous servir

Joseph de la Scala.

II. *Josephus Scaliger Danieli suo S.*

Quamquam suspicabar te Aureliam reliquisse, non tamen satis mihi fidebam. Nunc quum audio te Lutetiae esse, est quod gratuler mihi utriusque causa, et quod te ex acerbissimo morbo collegisse (?) video et quod ibi sis, ubi absenti mihi opellae aliquid hic commodare potes in editione libri mei. Quem cur tantum tibi commendem, mi Daniel? scio tibi curae fore non sui sed amicitiae nostrae commendatione. Omnia jam plenius antea Pithoeo nostro. Ex eo totam rem cognosces, aut jam cognovisti puto. Tu quam primum ad me rescribito. Et si quid novi ex Italia advectum aut isthic natum, admoneto.

7) De Boëtallerio (Boistaille), patre filii, cujus Scaliger nostro loco mentionem facit, docte disseruit Muellerus in analectis Bernensibus.

8) De Rupipozaeo (La Roche-Pozai) patrono et amico Scaligeri conferas. Scaligeri epistolas (Francofurti. 1628. 8.) p. 47. lib. I. „Ab anno, inquit, 1563, ex quo in contubernio generosi Ludovici Castanei Rupipozaei esse coepi, ad hunc usque diem (1594), nullum tempus mihi aut a peregrinationibus, aut ab animi perturbationibus vacuum fuisse memini, ut malevoli intelligant, otium, quod ipsis ad maledicendum superfuit, nobis semper ad discendum defuisse.“

Digitized by Google

Carolus Perier recepit se editurum librum: sed vereor ne gnomon sit Καλλιπίδης. Tu vero illi stimulos. Non enim dici potest, quantum illius integritati fido: sed fortasse non credas, quantum diligentior diffido. Vale. Saluta Auratum, Lambinum et Giffanium nostrum. Datum Tarfonii VIII. Cal. Jul.

III. *Jacobus Cujacius* *) *Jo. Hasteno.*

A quo die migrasti a nobis, te in oculis atque in ore ferre non destiti commemorans saepe aequalibus meis quam in te deprehenderam eruditionem, nec mihi pari ingenio adhuc quemquam cognitum fuisse Germanum. Et vero ut primum hanc Urbem attigi nihil mihi potius fuit quam ut sciscitarer ex iis omnibus quos non ita dudum Aureliam profectos audiebamus, num Jo. Hastenium (vidissent?), aut de eo quicquam ex Domino Foquelino audissent. Certe nihil comperiebam et in hanc eram adhuc penitus sollicitudinem emersus cum mihi tabellarius, quo nihil quidem gratius, litteras tuas attulit de toto rerum tuarum statu, quae me valde levarunt; alia tamen ex te quaedam etiam nunc afficit nos cura, quam vix absterseris nisi propius accesseris; patet tibi domus mea, aera nulla quaerimus, arcula nostra utrique suppeditabit plus satis, nihil denique domi meae nec obsignatum erit nec occlusum. Itaque si dormis expergiscere, si stas ingredere, si ingrederis curre, si curris advola et si quid ad hanc celeritatem addi potest. Uxor tota est in instituenda domo quam mihi illustrissimus noster princeps gratis habitandam dedit. Utimur interim conductitia. Haec te vel illa excipiet te libentissime. Damus operam libro Codicis octavo, multi auditores, pauci tui similes nec sane talem scholam offendimus qualem reliquimus, sed brevi, ut spero, suae formae restituetur. Bene vale. Biturigis Idibus Decembr. 1559.

IV. *Hotomanus nomine suo ad principem anonymum* (Fridericum, electorem Palatinum?).

Illustrissime princeps, clementissime Domine.

Celsitudo vestra intelliget, ex hoc nobili et honesto viro (quem maxima pars procerum hujus Regni vobis mittet) miserum et calamitosum hujus Regni

*) Qui summus jureconsultus quantum honoris studiis *philosophicis* tribuerit, adhortatio docet ad filium Jacobum. „Placeret, Cujacius inquit, si velles etiam nosse quod *philosophi* scripserunt, non ea tantum parte quae ad Jus pertinet, verum et ceteris, placeret si ab his tandem instructus comparatusque tractandis etiam rebus aliquantulum, quae in Regnis et civitatibus quibusque vertuntur, applicare velles animum, et *eodem tenore Juris Civilis studia complecti* eodemque filo, quo me ad ea perduxi.“ Aurea sane sententia nostraeque etiam aetatis jureconsultis commendanda, quid? quod inculcanda.

Digitized by Google

statum: quae causa longiorem literarum mearum scriptionem impediet. Tantum dicam, si unquam C. V. miserata est christianam plebem afflictam ob veram invocationem divini nominis, si unquam eadem Celsitudo cupit edere testimonium suae erga hos Illustrissimos Principes ac proceres benevolentiae, ut in praesentia id faciat, et primo quoque tempore demonstretis quid a vobis Illustrissimis Principibus subsidii atque adjumenti obtinere possimus. Et quia idem hic nobilis omnia subtiliter poterit Illustrissimae C. V. exponere propterea non longiores literas conscribam, sed orabo C. V. ut ei fidem habeat, quemadmodum proceres nostri, qui C. V. vehementer confidunt, suis literis postulant.

Illustrissime Princeps vale et salve. Deus celsitudinem vestram quam diutissime incolumem conservet. Aureliis 8. April. 1562.

V. *Danaeus* [1]) *Danieli S. d.*

Quantum sit tuum in me meisque ornandis studium experior, mi Daniel, qui nec operae nec labori tuo parcas, quo versio nostra de *Tertulliano* nitida et emendata in vulgus exire possit. Ac certe is libellus quandocunque nascetur te merito et aequiori jure parentem quam me ipsum agnoscet, qui tantum olei et operae in eo extergendo, poliendo fovendoque posueris. In quo mihi visus es Socratem imitari, qui magna ingenii abundantia solebat velut obstretrix ea bene edere et tractando producere, quae ipsi patres et autores male obscure vel confuse pepererant; tantum potest quorundam vel artificiosa manus vel sagax ingenium, ut etiam abortivos ingenii aliorum fructus ipsi integros faciant nasci, qualis certe is erat meus libellus quem ad te misi, et te nactus est opportuno tempore adoptivum patrem humaniorem, quam memet, qui sum naturalis. Sed quaeso ut qua coepisti esse in eum animi benevolentia et diligentia persequaris et pergas. Lugdunum tamen ablegari nolim, si placet, tum quod in tam longo locorum intervallo periculum est amittendi, tum quod re ipsa jam expertus sum, quam sint illius urbis typographi rerum alienarum negligentes. Nam cum ad eos libellum unum de locis communibus meis per amicos misissem essentque illi omnem operam in eo excudendo et servando polliciti, liber is amissus est et me alterum exscribi curare oportet, quem tamen si possum ad eos non mittam. Erat is locus de Deo; de quibus locis si quem nosses qui Christianae Religioni faveret typographus, velim ad me scribas. Res erit digna legi, ut omnes judicant. Absit autem ut me mea apud te venditare existimes, sed quod ad versionem de Tertulliano, fac quaeso, ut Lutetiae potius quam Lugduni edatur, et si unus recuset, alter conditionem accipiet . . . . . sed eheu

1) Danaeus (Daneau), jurisconsultus et theologus, obiit 1596.

haec est magna temporum nostrorum miseria et calamitas, ut Ronsardi [2] poemata ἀνωφελῆ, querimoniae nescio quae ad Regem, Reginam aut nescio quos homines non tam cito nascantur quam edantur ab istis typographis, disputationes autem veterum theologorum et utilissimae et optimae et quae faciant ad mores spernantur. In quo non tam meam quam doctorum omnium caussam ago, mi Daniel, atque etiam tuam. Id quod sane Egidio — Aureliacensi male cessit, qui etiam rogatus et precibus doctorum fatigatus bonos libros spernit, ut nugas et deliramenta emittat in vulgus. Quod ad exemplaria et commentarios meos, quos ex deposito a florente Christiano optimo juvene recepi, attinet, sum ejus animi opinionis tenax, ut in tuum nomen dedicentur et appareant, non quod eruditiorem illa te facere queant, sed quod te amicitiorem habeo neminem, cujus omnia mea esse malim, quam te. — Liber de *jurisdictione* dialogus est a me scriptus magno animi ardore et studio, ut A. Boigium praeceptorem meum commendarem, quem omnes omnium hominum aetates memorabunt. Is videtur ad Philippum fratrem scriptus, sed ego et frater omnia tibi animo lubentissimo donamus et jus (ejus) omne in te cadet. Nomen tamen ejus neque delere neque loco movere sum ausus, quod pertinet ad totius historiae narrationem et eo mutato totius corporis et libri ordinem mutari oportuit, id quod de nomine Phidiae traditum est, quod ipsi in clypeo et aegide Minervae Atheniensis inscripserat. Neque ea res puto tibi displicebit. Logos, si placet, tuus postea narraturum hominem lucidius indicabit. — Et facile quod puto edetur Lutetiae, in qua urbe est magna militantium in foro advocatorum turba, numerosi judices et utilis earum rerum cognitio. Sum in eo complexus disputationem latissime atque prolixe, sed eam postea in quinque tabulas redegi, quae sunt sedulo legendae, continent totius dialogi epitomen et indicem. Alter Commentarius est de Feudis et agro vectigali, is vero totus est tuus et tibi a prima pene infantia dicatus, quem fovisti ipse tua manu et nascenti multum favisti, descripsisti et totum in eo tuum est, quod vivit adhuc et est superstes. Is non tam eleganti stylo scriptus est, quia sunt merae et nudae praelectiones meae, quas postea collegi, ut scis. Quod tamen ad κέρδος longe mea quidem sententia utilissimus est et necessarius et abdita quaedam continet et non vulgaria, qualia fere doctores in scholis tradunt de iis rebus, sed ego in eo collegi quod mihi postea fore maximo usui credideram. Totus enim *in eo eram, ut res forenses atque mores*

2) Petrus Ronsardus et poetica fama et auctoritate apud Carolum IX, saevum tyrannum, excelluit. Cf. Thuan. histor. l. LVII. ad an. 1572. pag. 1257. ed. Francof. „Nobiles puellae (quasi praeludentes Parisiensi lanienae) post Sirenaeos cantus et recitata ad lyrae pulsum exquisitae elegantiae carmina in Galliae et novi regis (Caroli IX) laudes a Petro Ronsardo et Jo. Aurato raris hujus aevi *luminibus* facta, in planum e clivo descenderant" etc.

Digitized by Google

nostros discerem atque conferrem cum veteribus. Certe is labor nihil habet *ἀμάρτυρον*. Quae una res maxime juniores togatos juvat, dum textus et decisiones habent in promptu, quales ille labor habet. De eo confabulor cum quibusdam sitne utilis et venalis. Hos duos si edideris sint in tuum nomen dicati. Mei sunt natura, Tui voto et adoptione. Tertium nolim edi si placet, qui est de locatione atque conductione. Est enim nimium obscurus, sed tu postquam otium tibi erit, si quid in eo erit quod placeat accipe et te Autore ede, nam nolui dici meum, etsi vera continet et laboriose quaesita, sed stylus displicet et obscuritas in eo, quem ad te non misissem nisi efflagitasses atque obnixe rogasses. Priores si edis vide ut ne ulla ambitiosa sit inssriptio de me . . . Quod de quibusdam meis in Juvenalem scholiis scribis, ea jampridem manu mea exscripta dedi Francisco Danieli fratri tuo. Quod tamen (ad) locum satyr. X. [3]) restitutum *qui Lacedaemonium* non displicet. Nam Politianus ipse emendationem suam emendarat, uti sunt hominum posteriores cogitationes saepe sapientiores. Ipse antea restitueram *pityasmata*, id est, lacte et oleo et omni sero quo ungebantur qui in laconico lavabantur et otiabantur. Conjecturas meas misi ad fratrem et locos tum e *Seneca* tum e *Prudentio* laudavi. Quod versum sat. 9. [4]) restitui vis, videtur mihi integer et bene quadrare auctoris menti. *ἄνδρα* regitur a verbo *sollicitant* more atque constructione graeca. Interposuit (*ἤθους γὰρ γλύκεος*), quae verba rationem continent, cur *ἀνὴρ κίναιδος* tantopere sollicitetur et supplendum est *ἐστὶ γὰρ ἀνὴρ κίναιδος ἤθους γλύκεος*. Sed tota illius loci obscuritas ex ambigua significatione vocis *ἤθους* pendet, quae vox non semper vitae institutum significat, sed etiam quod galli dicimus *façons de faire,* quasi dicat *nil mirum est* cur tales homines sollicitentur, ils sont de douce façon de faire, amoureuse et gracieuse, et postea sequenti versu mollem appellat. Sed copiose de omnibus nolim agere. Quid autem tu ab *homine theologo* haec petis et Genabi qui est terrae nidulus tam obscuri loci explicationem latere putas qui in ipsis Athenis et mediis doctorum hominum fontibus versaris! Mitte ad me indicem meum in *Ammianum Marcellinum,* quem jampridem habes et mihi accommodato. Defessus sum; tam longa fuit epistola. Tabulam quam postulas apud me non habeo. Amissa est nisi apud te lateat. Vale. Tibi uxor mea salutem dat, ego Turnebo doctissimo omnium Gallorum qui graecas literas didicerant. Datum Genabi ad Ligerim Nonis Martiis 1565.

Tuus ex animo Danaeus.

3) Ex ordine editorum serioris aevi sat. XI. v. 173. „Qui Lacedaemonium pytismate lubricat orbem."

4) Sat. IX. v. 37.

Misc. Pamp. 5-6:7
C. L. 5:/8:3:3.

PARSONS LIBRARY
University of
MICHIGAN

ÜBER

LEGITIMITÄT, LEGITIMITÄTSPRINCIP,

VON

PROF. DR. JOS. HELD.

DEM

HERRN DR. C. J. A. MITTERMAIER,

GROSSH. BAD. GEHEIMENRATHE UND Ö. O. PROFESSOR DER RECHTE IN HEIDELBERG,
INHABER MEHRERER HOHER ORDEN, ETC. ETC.

ZUR FEIER

SEINES FÜNFZIGJÄHRIGEN DOCTORJUBILÄUMS

HOCHACHTUNGSVOLL DARGEBRACHT

VON DER

JURISTISCHEN FACULTÄT

DER

K. BAYER. JULIUS-MAXIMILIANS-UNIVERSITÄT

IN WÜRZBURG.

WÜRZBURG.
DRUCK VON F. E. THEIN.
1859.

Digitized by Google

6

ÜBER

LEGITIMITÄT, LEGITIMITÄTSPRINCIP,

VON

PROF. DR. JOS. HELD.

PARSONS LIBRARY University of MICHIGAN

DEM

HERRN DR. C. J. A. MITTERMAIER,

GROSSH. BAD. GEHEIMENRATHE UND Ö. O. PROFESSOR DER RECHTE IN HEIDELBERG,
INHABER MEHRERER HOHER ORDEN, ETC. ETC.

ZUR FEIER

SEINES FÜNFZIGJÄHRIGEN DOCTORJUBILÄUMS

HOCHACHTUNGSVOLL DARGEBRACHT

VON DER

JURISTISCHEN FACULTÄT

DER

K. BAYER. JULIUS-MAXIMILIANS-UNIVERSITÄT

IN WÜRZBURG.

50 p

WÜRZBURG.
DRUCK VON F. E. THEIN.
1859.

Digitized by Google

MOTTO.

„Il n'y a pas de droit contre le droit."

BOSSUET.

Digitized by Google

I.

EINLEITUNG. GEGENWÄRTIGER STAND DER LEHRE.

Es ist bekannt, in welch' innigem Zusammenhange der Legitimitätsbegriff mit dem Begriffe der Eroberung, des staatsrechtlichen Besitzes, der Usurpation, der Revolution und Restauration steht. Die praktisch unberechenbare Bedeutung desselben kann demnach keinem Zweifel unterliegen [1]).

Nicht minder bekannt aber ist es, dass der Ausdruck „Legitimität" als ein spezieller *terminus technicus* des öffentlichen Rechts von neuem Datum ist, dass durch eine rein grammatikalische Auffassung des Wortes für dessen richtiges Verständniss nur wenig gewonnen wird, und dass die wissenschaftlichen Bestimmungen desselben eben so verschieden und oft schwankend sind, wie seine vulgäre Anwendung mannigfach und oft ohne alle Kritik stattfindet. Demnach dürfte auch die theoretische Wichtigkeit einer genauen Feststellung des Legitimitätsbegriffes keinem Bedenken unterliegen.

Aus dem Bisherigen erhellet schon, dass und warum die ganze reiche politische Literatur, wie sie seit der ersten Restauration der älteren Linie der Bourbonen sich

---

[1]) Niemanden ist es fremd, dass der Ausdruck „Legitimität" als ein staatsrechtlicher und politischer zum Erstenmale auf dem Wiener Kongress von 1814 gebraucht wurde, um damit das Recht der regierenden Dynastie zur Thronfolge in festgesetzter Ordnung, das Geblütsk önigthum, ausschliessend zu bezeichnen. S. Klüber, öff. R. § 98. n. b, welcher hiezu bemerkt, die Sache selbst empfehle nicht blos das Recht, sondern auch die Regel der Klugheit: „*Minori discrimine sumi principem quam quaeri.*" Vergl. auch: Jordan, Lehrb. des St. R. Thl. I. § 54. — Maurenbrecher, Grunds. des heut. d. St. R. § 46. — Weiss, E. K., System des d. St. R. § 239. 248. 250. — Zachariä, K. S., 40 Bücher. Thl. I. p. 82. 108. 116 f. — Zachariä, H. A., deutsch. St. u. Bundesr. (2. Aufl.) Thl. I. p. 72. 73. — Zöpfl, Grunds. des allg. u. d. St. R. (4. Aufl.) Thl. I. p. 65 und Thl. II. p. 2 f. — Bluntschli, allg. St. R. Thl. II. cap. VI f. — Mein System des Verf. R. der monarch. Staaten Deutschlands etc. Thl. I. § 27 f. und Thl. II. § 320 f.

Digitized by Google

angehäuft hat und Alles, was mit ihr zusammenhängt, berücksichtigt werden muss [1]), wenn man nicht nur den gegenwärtigen Stand der Legitimitätsfrage richtig auffassen, sondern auch genügende theoretische und praktische Resultate gewinnen will. Zu letzterem Zwecke dürfte es aber ganz unumgänglich sein, nach der eigentlichen Idee der Legitimität zu forschen und deren Vorhandensein sowie verschiedenen Ausdruck bei den verschiedenen Völkern je nach ihren besonderen Verhältnissen nachzuweisen, indem nur auf diesem Wege ganz bestimmte Anhaltspunkte für die Gegenwart und Zukunft sowie zugleich für die richtige Kritik der Vergangenheit gewonnen werden können.

---

[1]) An Monographien ist über diesen Gegenstand ausser der von Malte-Brun, *traité de la légitimité* etc. Paris, 1824 (v. Mohl in seiner Geschichte der Lit. erwähnt des Buches nicht, auch konnten wir dasselbe nicht bekommen.) noch die von Charles Muller, *la légitimité*, *Paris*, 1857. erschienen. Von der übrigen Literatur heben wir, unter Bezugnahme auf die vorige Note, nur das Wichtigste oder Neueste und bei uns minder Bekannte hervor: Zachariä, 40 Bücher kommt öfter auf diesen Gegenstand zurück, z. B. Thl. II. p. 13 f. Thl. III. p. 111 f. u. s. f. — Vollgraff, C., die Systeme der prakt. Politik im Abendl. — Derselbe, Erster Versuch einer Begründung sowohl der allg. Ethnologie durch die Anthropologie etc. — Die Werke von Mohl, R. v. — Gentz, Schriften. — Schleiermacher, Akadem. Abh. über die Staatsformen. — Nöllner, das monarch. Princip. — Haller, Restaur. d. St. W. — Maurenbrecher, die Fürstensouver. — Stahl, Rechtsphilos. — Eötvös, die polit. Ideen. — Fehr, über Entw. u. Einfl. der polit. Theor. — Pott, der Unterschied der Rassen. — Vorländer, Moral-, Rechts- und Staatslehre. — Fichte, über die franz. Revol. — Roscher, Umrisse zur Naturl. der drei Staatsformen. — Schreiber, die pol. u. relig. Doctrinen unter Ludwig d. B. — Förster, die Staatslehre des M. A. in der allg. Monatsschr. Jahrg. 1853. — Mundt, Macchiavelli. — Clemens, A., die Revolut. in ihrem Einfl. — Die Geschichtswerke u. polit. Schriften von Ancillon, Dahlmann, Gagern, Stein, W. v. Humboldt, Wachsmuth, Herrmann, O. Müller, Schlosser, Ranke, Häusser, Siebel, Dunker, Mommsen, Curtius, Gervinus etc. nebst den bekannten Werken über deutsche Staats- und Rechtsgesch. — Volney, *Oeuvr. compl.* — Tocqueville, *la Democratie en Amérique.* — Derselbe, das alte Staatswesen und die Revolution. — Guizot, *cours d'hist. moderne.* — Derselbe. *Pourquoi la révolution d'Angleterre* etc. — Coqueville, *Inst. au droit français. Tit. du droit de la souveraineté.* — Colins, *de la souveraineté.* — Lebret, *de la souveraineté.* — Troplong, *du pouvoir de l'état*, etc. — Laurent, *hist. du droit des gens.* — Lerminiers, versch. Werke, bes. dessen *hist. des législ. et des constit.* etc. — Montalembert, über die polit. Zukunft Englands. — Dupont-White, *l'individu et l'état.* — Denis, *hist. des théories* etc. — Revue des deux mondes. — Die Werke von Montesquieu, Cabanis, Matter, Girardin, Gaume, Rossi, Thiers, Guérard, Laboulaye, Laferrière, Pardessus, Gobineau, Renan, Ballanche u. s. w. — Burke, über die französ. Revolut., die Werke von Blackstone, Locke, Hume, Sidney, Bentham, de Lolme, Macauly, Grote, etc. — Vito d'Ondes Reggio, *Introduzione ai Principi della umana societa.* — Bei der ausserordentlichen Zerstreutheit des literarischen Materials würde eine nach Vollständigkeit strebende Literaturangabe die Grenzen dieser Schrift weit übersteigen. Auch die Zeitschriften, die politische Tagespresse, die Verhandlungen der constituirenden und der constitutionellen Versammlungen, die verschiedenen Thronreden etc. etc. enthalten manches Interessante. Wir bemerken noch, dass wir, wenigstens in der Regel, nur die minder bekannte, die neueste und die fremde Literatur zitiren werden.

Digitized by Google

Unsere erste Aufgabe ist demnach, die verschiedenen über die Legitimität bestehenden Hauptansichten darzustellen:

1) Montesquieu dachte begreiflich nicht an den modernen Begriff der Legitimität, nennt aber in seinem „*Esprit des lois*“ X. 4 das Recht des Eroberers „*un droit nécessaire, légitime et malheureux qui laisse toujours à payer une dette immense pour s'acquitter envers la nature humaine.*“

2) Volney, *Oeuvr. compl.* p. 72. 73: „*Pour apprécier le sens du mot légitime, il faut remarquer qu'il tient du latin legi-intimus, intrinsèque à la loi, écrit en elle. Si donc la loi est faite par le prince seul, le prince seul se fait lui-même légitime: alors il est purement despote; sa volonté est la loi. Ce n'est pas là ce qu'on veut dire; car le même droit serait acquis à tout pouvoir qui le renverserait. Qu'est-ce-que la loi (source de droit)? Le latin va encore nous le dire: le radical leg-ere, lire, lectio, a fait lex, res lecta, chose lue: cette chose lue est un ordre de faire ou de ne pas faire telle action désignée, et ce sous la condition d'une peine ou d'une récompense attachées à l'observation ou à l'infraction. Cet ordre est lu à ceux qu'il concerne, afin qu'ils n'en ignorent. Il a été écrit, afin d'être lu sans altération: tel est le sens et telle fut l'origine du mot loi. De là les diverses épithètes dont il est susceptible: loi sage, loi absurde, loi juste, loi injuste, selon l'effet qui en résulte; et c'est cet effet qui caractérise le pouvoir qui en résulte. Or, dans l'état social, dans le gouvernement des hommes, qu'est-ce que le juste et l'injuste? Le juste est de maintenir ou de rendre à chaque individu ce qui lui appartient. Par conséquent 1) d'abord la vie, qu'il tient d'un pouvoir au-dessus de tout; 2) l'usage des sens et des facultés qu'il tient de ce même pouvoir; 3) la jouissance des fruits de son travail et tout celà en ce qui ne blesse pas les mêmes droits en autrui; car s'il les blesse, il y a injustice, c'est à dire, rupture d'égalité et d'équilibre d'homme à homme. Or plus il y a de lésés, plus il y a d'injustices; par conséquent si, comme il est de fait, ce qu'on appelle le peuple compose l'immense majorité de la nation, c'est l'intérêt, c'est le bien-être de cette majorité qui constitue la justice: ainsi la vérité se trouve dans l'axiome qui a dit: Salus populi suprema lex esto. Le salut du peuple, voilà la loi, voilà la légitimité. Et remarquez, que le salut ne veut dire la volonté, comme l'ont supposé quelques fanatiques; car d'abord le peuple peut se tromper; puis comment exprimer cette volonté collective et abstraite? l'expérience nous l'a prouvé. Salus populi! L'art est de la connaître et de l'effectuer.*“

3) Jordan, l. c. § 54: „Die Rechtmässigkeit der Herrschaft *(legitima summi imperii civilis possessio)* nennt man auch Legitimität der Herrschaft. Da man aber am Staate eine dreifache Rechtmässigkeit (der ursprünglichen Erwerbung der Herrschaft, der Nachfolge und Regierung) unterscheiden kann, so gibt es auch eine dreifache Legitimität, nemlich 1) die Legitimität der ursprünglichen Erwerbung der Herrschaft; 2) die Legitimität der Nachfolge, welche auch der verfassungsmässig oder im Falle einer Thron-

Digitized by Google

erledigung überhaupt vom Volke gewählte Herrscher für sich hat und nur die Fortsetzung der vorhin genannten Legitimität ist, und 3) die Legitimität der Regierung, d. i. die in formaler und materieller Hinsicht verfassungs- und gesetzmässige Ausübung der Staatsgewalt durch die hiezu von der Verfassung und den Gesetzen berufenen Subjekte [1])."

4) Klüber l. c. § 98: „Legitim oder gesetzmässig ist nur die Staatsgewalt, welche durch einen Rechtstitel begründet ist. Legitim ist nur das Staatsoberhaupt, dem die Ausübung der Staatsgewalt vermöge eines Rechtstitels zusteht."

5) Maurenbrecher, Grunds. § 46: „Hier (in der Erbmonarchie) ist sie (die Staatsgewalt) das Privatrecht einer bestimmten Familie (eigentliches Princip der Legitimität)."

6) Weiss l. c. § 239. 248 und 250 stellt keinen bestimmten Begriff der Legitimität auf, aber aus dem ganzen Zusammenhange geht hervor, dass sie auch ihm die auf der ungestörten gesetzlichen Thronfolge in der Geblütsmonarchie beruhende Eigenschaft des Souverains ist.

7) Zachariae K. S. 40 B. Thl. I. p. 116 f. unterscheidet ein staats- und ein völkerrechtliches Legitimitätsprincip, welches, ein Grundsatz des weltlichen Rechts, den Sinn habe: „In einem jeden Staate ist derjenige und nur derjenige der rechtmässige Herrscher, welchem das bisherige, das durch sein Alter (oder durch das Herkommen) geheiligte positive Recht des Staats zur Seite steht. Der Grundsatz erklärt also vielmehr eine jede gewaltsame Veränderung der herkömmlichen Verfassung eines Staates für widerrechtlich [2])."

8) C. Vollgraff, Erster Vers. etc. Thl. III. § 405, erkennt das Legitimitätsprincip h. z. T. als auf nichts Anderem beruhend, als auf dem nunmehrigen privatrechtlichen Charakter des Herrscherrechts und der völligen Unabhängigkeit desselben von der Anerkenntniss der Unterthanen.

9) Die Zeitschrift für auswärtige Rechtswissenschaft etc. Jahrg. 1835 p. 44 f. gibt gelegentlich der Restauration, des Princips des göttlichen Rechts und deren

---

[1]) Eod. l. c. „Man hat zwar das Wort Legitimität ursprünglich (1814) blos zur Bezeichnung des Rechts einer regierenden Dynastie zur Thronfolge im Gegensatze der Usurpation und Revolution gebraucht, es liegt aber kein Grund vor, es hierauf zu beschränken. Noch weniger darf man darunter die unmittelbare Abkunft der Herrschergewalt von Gott verstehen, da eine solche (nicht eine blos mittelbare) unerweislich, und ihre Annahme für den Herrscher und das Volk gleich verderblich ist."

[2]) Eod. p. 117. „Der Beweis für die Rechtmässigkeit einer Verfassungs- oder Beherrschungsform kann nur durch ihr Alter geführt werden."

Digitized by Google

Gegensatz, der Volkssouveränetät einige Stellen aus Reden, welche B. Constant im J. 1820 gehalten (l. c. p. 46 not. 2), wobei sich derselbe über die Legitimität folgendermassen äusserte: „*Je ne prends pas la légitimité comme un dogme, mais, avec la liberté, la légitimité est un grand bonheur* ..... *C'est un immense avantage qu'une famille antique sur un trône incontesté.*“ Ferner: „*Il y a deux dogmes également dangereux, l'un le droit divin, l'autre la souveraineté illimitée du peuple.... Il n'y a de divin que la divinité; il n'y a de souverain que la justice.*“

10) Rotteck, Staatslex. Thl. VIII. p. 476, unterscheidet eine allgemeine Bedeutung des Wortes Legitimität, nach welcher es eben so viel sei, wie Gesetzmässigkeit überhaupt. In einem engeren, d. h. politischen Sinne ist ihm Legitimität das Prädikat der dem natürlichen oder positiven Staatsrechte gemässen Regierung: „in der engsten Bedeutung jedoch, und welche sich in der neuesten Zeit ganz vorzüglich geltend gemacht hat, wird unter Legitimität fast nur das angestammte Herrscherrecht verstanden, gewissermassen die — wie man sonst sagte — unmittelbar von Gott verliehene Majestät, im Gegensatze der auf den Volkswillen, oder, wie man sagt, auf die Revolution gegründeten Gewalt.“ Eod. p. 479 f. findet er das festgestellte Wesen der Legitimität in der „Gesetzlichkeit der Herrschaft nach Ursprung und Erwerbung“, wozu aber auch der Wille der Gesammtheit des Volks genüge, der sich als Vertrag und Gesetz ausspreche. Durch einen Verfassungsbruch aber höre die Gewalt des Regenten auf, eine legitime zu sein, er selbst werde dadurch zum Usurpator.

11) Stahl, Rechtsphilosophie Thl. II. Abth. 2. p. 82 f., verbindet das Legitimitätsprincip gleichfalls mit der Erbmonarchie und macht es in Verbindung mit dem „göttlichen Rechte“ zum christlichen Staatsprincip.

12) Zachariä, H. A., l. c. § 21, unterscheidet einen weiteren und richtigen Sinn von legitim, wonach eine legitime Regierung eine solche sei „die sich nicht blos auf faktische Gewalt oder thatsächliche Usurpation und Occupation stützt, sondern auf einem rechtsgültigen Grund beruht, wobei theils das in gewissem Sinne privatrechtliche Verhältniss zum früheren Herrscher, theils das staatsrechtliche zum Staate selbst, theils das völkerrechtliche zu andern Staaten in Betracht kommen kann. — In dem engeren und verwerflichen Sinne dagegen, in welchem der Ausdruck Legitimität in neuerer Zeit (zuerst von Talleyrand auf dem Wiener Kongress) gebraucht und von der Politik nach Konvenienz benützt worden ist, stellt sich das auf die Erbmonarchie beschränkte s. g. Legitimitätsprincip als ein wunderbares Gemisch der Theorie von Gottes Gnaden mit dem Patrimonialprincip und den feudalistischen Grundsätzen, dem rein staatsrechtlichen Princip schroff gegenüber und ist ebenso heillos und unvernünftig, wie sein Extrem, das Princip der Volkssouveränetät.“

Digitized by Google

13) **Zöpfl** l. c. § 202: „Die Uebereinstimmung des von einem Subjekte auf die Staatsherrschaft erhobenen Anspruchs mit dem hierüber in dem betreffenden Staate gültigen (historischen) Rechtstitel wird **Legitimität** genannt“ [1]).

14) **Cherbuliez** (vergl. **Vollgraff**, erster Vers. etc. Thl. III. p. 327 u. f.) definirt die Legitimität: *„Le principe de légitimité est celui, en vertu duquel l'autorité du gouvernement est considerée comme étant de droit et la soumission comme constituant une obligation morale, un devoir.“*

15) **Montalembert**, l. c. p. 24, sagt: „Die einzige wahrhaft legitime und natürliche Regierung (nicht Beherrschung) ist die Regierung der durch ihre Stellung, ihren Charakter, ihr Talent und ihre Tugend ausgezeichneten Männer.“

16) **Laurent**, *hist. d. droit d. gens* Tom. II. p. 37 [2]): *„Dès que l'élément intellectuel l'emporte dans les combats, l'humanité s'y introduit également; la raison se refuse à concevoir la guerre comme un oeuvre de destruction, un but moral peut seul **la légitimer**.“* **Ders.** eod. Tom. V. p. 131: *„La légitimité de tous les gouvernements est celle de la conquête.“*

19) **Müller**, Ch., l. c. p. 24. 25: *„Qu'est-ce que la légitimité? Les dictionnaires nous répondent. Qualité de ce qui est intime à la loi. Mais qu'est-ce que la loi? On l'a définie: la règle des rapports. Les rapports, quelle qu'en soit la nature, se rattachent à un principe de création universelle et sont dominés par la logique de ce principe. Il y a donc une loi supérieure à toutes les lois. Elle est la règle souveraine de l'ordre. Elle est la source de tout droit. Pour expliquer la définition des dictionnaires, je dirai, **que la légitimité c'est la qualité de ce qui est conforme à cette loi des lois.***

---

[1]) **Eod.** „**Das Legitimitätsprincip** ist daher auch nichts Anderes, als der Grundsatz, dass nur dasjenige Subjekt als herrschaftsberechtigt anzuerkennen sei, welches durch einen solchen **historischen** Rechtstitel zur Herrschaft in einem Staate berufen ist. Praktische Bedeutung hat dieses Princip nur für die Monarchie und zwar vorzugweise für die **Erbmonarchie**, weil nur bei dieser Staatsform der Gegensatz eines Herrschers *de facto* und eines Herrschers *de jure* geschichtlich hervortreten d. h. ein herrschaftsberechtigtes Subjekt neben dem faktisch herrschenden fortbestehen und sein Recht auf die Herrschaft verfolgen kann (?)..... In der Monarchie kann die Herrschaftsberechtigung (Legitimität) eines Subjekts in drei Beziehungen in Frage kommen: nemlich 1) in Beziehung zum Volke; 2) in Beziehung zu einer früheren jetzt **vertriebenen Dynastie** oder regierenden Person aus dieser Familie, und 3) in Bezug auf dritte Staaten.“

[2]) S. auch eod. Tom. I. p. 340. 346. — In **demselben** Werke, Tom. II. p. 240. 241 weist der Verf. die Einstimmigkeit des klass. Alterthums über die **Legitimität** des Tyrannenmordes nach. **Guizot** aber (*Pourquoi la révolut.* p. 86) bemerkt: *„tel est le vice naturel de toute révolution que la plus nécessaire, la plus **légitime**, la plus forte jette dans de grands troubles la société qu'elle sauve, et reste longtemps elle même menacée et précaire.“* — Vergl. **Baur**, über die weltgeschichtliche Bedeutung des israelitischen Volkes, p. 27 f.

Digitized by Google

Les hommes établissent des codes pour règler leurs relations; l'observation de ces codes se traduit par le mot de légalité. Il n'y a que l'application de la loi divine qui constitue la légitimité. C'est à cette loi-principe que la justice humaine emprunte toute sa valeur. C'est à cette loi que nous sommes obligés de remonter pour trouver la vraie sanction de nos actes. La question de légalité n'est que secondaire...." Eod. p. 126: „*La légitimité, prise dans son idéal, c'est la constitution d'une nation se réalisant suivant la loi de Dieu, ayant pour fondement la justice, ayant pour objet la protection de tous les droits; c'est un édifice complet, logiquement construit, où l'institution gouvernemental parait, non comme un fait arbitraire et brutalement dominateur, mais comme un principe de conservation, un élément de force et de durée, comme le couronnement naturel et nécessaire.*" Eod. p. 181. „*La cause de la liberté se confond avec celle de la légitimité.*"

18) Granier de Cassagnac definirt in einem Artikel des Constitutionnel (August 1858, vergl. Hauptbl. der Allgem. Zeitung v. 16. Aug. dess. J.) die Legitimität dahin, dass sie einzig in den Thaten, nicht in der Abstammung liege. Die Kapetinger hätten legitimer Weise regiert, weil ihre Regierung den Bedürfnissen der Zeit entsprochen hätte, weil sie den Thron gegründet, den sie einnahmen. Dasselbe sei bei den Napoleons der Fall; diese allein hätten die Schwierigkeit der Organisation der modernen Gesellschaft zu lösen verstanden, jener Gesellschaft, die aus der französischen Revolution hervorgegangen sei. Wie das alte Frankreich das Werk der Kapetinger, so sei das moderne Frankreich das der Napoleone. Wenn die Erblichkeit die Form der Legitimität, so seien die Werke der Dynastien die Basis derselben. Die Nationen gehörten dem Himmel, welcher ihnen die Führer sende; wenn diese sich verirrten, oder den Völkern folgten anstatt sie zu leiten, so hörte ihre Rolle wie ihre Berechtigung auf.

19) Vito d'Ondes Reggio l. c. pag. 239: „*La vera legittimità de' re è nel modo guisto o utile, onde eglino reggano i popoli. Una volta che l'eredità è stabilita nella successione de' re, ogni re ereditario è re legittimo, quando esegue le leggi, dà leggi guiste, felicita i suoi popoli. Il guisto o l'utile di tutti i componenti una politica società è il titulo legittimo della sua esistenza, il guisto o l'utile è il titulo legittimo d'ogni forma di reggimento, altro non può essere quello della regia potestà.* etc. S. auch eod. pag. 146 f. [1]).

---

[1]) Ganz eigene Ansichten über unsern Gegenstand finden sich bei Mommsen, röm. Gesch. So sagt derselbe z. B. l. c. Thl. III. p. 134: „Wenn eine Regierung so wie diese (die von Sulla restaurirte römische Oligarchie) nicht regieren kann, hört sie auf, legitim zu sein und es hat, wer die Macht hat, auch das Recht, sie zu stürzen." Eod. p. 160 spricht er vom gelegentlich sich Lächerlichmachen „wie Legitimisten es pflegen" und eod. p. 360 handelt er von der „Legitimität einer unmöglich gewordenen Staatsform", eod. p. 439 von der Legitimität einer vollendeten That-

Digitized by Google

Man sieht wohl, dass die Meinungen über den Legitimitätsbegriff, selbst so weit sie klar sind, sehr auseinander gehen [1]). Ehe wir zur Kritik derselben schreiten, wollen wir eine kurze geschichtliche Exkursion vorausschicken.

---

sache und eod. p. 459 von der Legitimität vor dem Geiste der Geschichte. — Gervinus aber (Vers. einer Gesch. von Arragon., histor. Schr. Thl. I. p. 232) lässt sich so vernehmen: „In der Sage glänzt das stolze: Erst Rechte, dann Regenten! Das ist wahr, in diesen einfachen Grund der Sage trug man später alle die herrlichen Garantien der arragonischen Freiheit zurück, die Union, den Justitia, das Wahlrecht des Volkes, die Mässigung und Besonnenheit des Verfahrens, die das Interregnum von Ferdinand I. zum Stolze der Nation machen." Warnkönig spricht in seiner Encyklopädie p. 477 f. von der Legitimität, d. h. von den Voraussetzungen der rechtmässigen Begründung der Verfassung eines Volkes, oder, wie er sagt, weiter gefasst, vom Rechtsgrunde des Staats. Er führt an, es gebe darüber drei Ansichten, nemlich die von der historisch, von der göttlich und von der durch Volkssouveränetät oder vertragsmässig begründeten Herrschergewalt, meint aber, die ganze Frage so lösen zu können: „für legitim muss die Verfassung und Staatsherrschaft erklärt werden, deren Entstehung oder Begründung den in der Volksüberzeugung wurzelnden und praktisch geltenden Rechtsgrundsätzen über diese Frage gemäss ist, gleichviel ob diese Grundsätze ausdrücklich sanktionirt oder stillschweigend anerkannt sind. Demgemäss kann der Rechtstitel der Beherrschung auf jeder der angeführten Grundanschauungen beruhen: nur müssen diese bei einem Volke zu anerkannter Geltung gelangt und desshalb durch die Zeitdauer geheiligt sein." — Die Literatur über den Streit zwischen Karl I. und dem englischen Parlament s. bei v. Mohl, Gesch. der Lit. Thl. II. p. 88 f. — Die Monographien des deutschen Staatsrechts über die rechtliche Stellung des Staatsoberhaupts: eod. Thl. II. p. 301 f. — Die Literatur über die Rechtsverhältnisse der französischen Könige: eod. Thl. III. p. 136 f., insbesondere der Restaurationszeit: eod. p. 153 f., und des Julikönigthums eod. p. 173 f. — Unsere eigene Ansicht über die Legitimität findet sich bereits im Wesentlichen angedeutet im System des Verfassungsrechts l. c. und Thl. II, die Lehre vom Thronfolgerechte.

[1]) Bei der grossen Bedeutung, welche Alles hat, was von einem wahren Genie ausgeht, können wir nicht umhin, auf die Werke Shakspeare's, namentlich auf seine grossen Dramen aus der englischen Geschichte, aufmerksam zu machen. Wie prächtig sind z. B. die Stellen im *King John* (Basler Ausgabe der Werke Shakspeare's B. XI. p. 404):

„A scepter, snatch'd with a unruly hand,
Must be as boisterously maintain'd as gain'd:
And he, that stands upon a slippery place,
Makes nice of no vile hold to stay him up:"

Ferner:

„For he, that steeps his safety in true blood,
Shall find but bloody safety, and untrue.
This act, so evilly born, shall cool the hearts
Of all his people, and freeze up their zeal;
That none so small advantage shall step forth,
To check his reign, but they will cherish it:"

Digitized by Google

II.

GESCHICHTLICHES.

Dem **Worte**: „Legitimität" ist allerdings erst Talleyrand auf dem Wiener Kongresse zu Pathe gestanden. Man findet sehr häufig beim Volke die Meinung, als wenn von dem Pathen Etwas auf den Täufling übergehen müsse. In unserem Falle ist insofern etwas Wahres daran, als die Verbindung des Wortes „Legitimität" mit dem Namen Talleyrand ersterem ein gutes Theil von dem Unglauben und Misstrauen eingebracht hat, womit man dasselbe nicht selten betrachtet. Jedenfalls aber hat auch Zeit, Ort etc. zu der Ungunst beigetragen, die, wenigstens von manchen Seiten, dem Ausdrucke „Legitimität" entgegengehalten wurde, und zwar um so mehr, als es, an einer festen Begründung des damit zu bezeichnenden Begriffs fehlte.

Dann eod. p. 421:

„*There is no sure foundation set on blood;*
No certain life achiev'd by others' death. —"

Eod. p. 433:

„*The king hath dispossess'd himself of us.*"

vergl. auch eod. pag. 440. 441. 447. 449. Dann King Henry IV, *First Part* (eod. B. XII. p. 214. 323. 324. 355. 356. 371. 372. 381.) und *Second Part* (eod. Bd. XIII. p. 203). Der sterbende König sagt in letzter Stelle:

„. . . . . *Heaven knows, my son,*
By what by-paths, and indirect crook'd ways,
I met this crown; and I myself know well,
How troublesome it sat upon my head:
To thee it shall descend with better quiet,
Better opinion, better confirmation;
For all the soil of the achievement goes
With me into the earth. It seem'd in me,
But as an honour snatch'd with boisterous hand;
And I had many living, to upbraid
My gain of it by their assistances;
Which daily grew to quarrel, and to bloodshed,
Wounding supposed peace: all these bold fears,
Thou see'st, with peril I have answered:"

Siehe auch eod. p. 204. 205 und King Henry V l. c. p. 279. 282. 416. — Wir hoffen, man werde uns dieses unjuristische Zitat um so lieber verzeihen, als wir hiemit auf das Vergnügen verzichten, den „göttlichen *William*" in einem eigenen Buche auch als Staatsmann darzustellen.

Digitized by Google

Nichts desto weniger liegt bei aller Unbestimmtheit dieses Begriffs doch so viel Bestimmtes in demselben, dass ein gewisser innerer Zusammenhang desselben mit den Ideen des Rechts und Staats nicht verkannt werden kann. In soweit aber muss der mit „Legitimität" zu bezeichnende Begriff, gleichviel ob der Ausdruck glücklich gewählt ist, oder nicht, auch mit Recht und Staat, also mit dem Menschen selbst gegeben, ein natürlich-vernünftiger und nothwendiger Begriff sein. Eine weitere Folge hievon ist, dass die Spur vom Dasein dieses Begriffs durch die ganze Geschichte gehen muss. Diese Spur aufzusuchen, scheint uns umumgänglich, obwohl die engen Grenzen dieser Schrift nicht mehr gestatten werden, als das Gefundene in grossen Zügen anzudeuten. Wir unterscheiden zu diesem Zwecke die vorchristliche und die christliche Zeit.

I. DIE VORCHRISTLICHE ZEIT.

Charakteristisch für das ganze politische Leben des Alterthums sowie auch derjenigen noch bestehenden Völker, welche wesentlich unverändert auf den Grundlagen des Alterthums sich erhalten haben, ist die Nichtanerkennung der Menschenwürde als solcher und der daraus fliessenden selbstständigen Berechtigungen der Einzelnen [1]), die feindliche Isolirung eines jeden Volkes gegen alle andern Völker und die Entscheidung der materiellen Uebermacht in letzter Instanz, sowohl innerhalb des Staats selbst, als auch nach Aussen.

Die Grenze zwischen Recht und Politik ist demnach unklar, Recht fällt mit Macht, Rechtssubjekt mit Subjekt der politischen Herrschaft zusammen, und ein Völkerrecht existirt nicht, sondern an seiner Stelle herrscht das s. g. Recht des Stärkeren [2]). Die Unterscheidung eines staatsrechtlichen, familien- und völkerrechtlichen, eines juristischen und politischen Legitimitätsgedankens ist demnach auf diesem Gebiete unmöglich. Betrachten wir aber diese Völker etwas näher, so finden wir dieselben, und zwar vom Anfange an alle, und die bei weitem meisten auch ununterbrochen, unter einer monarchischen Beherrschungsform [3]), während die s. g. klassischen Völker, Griechen und Römer, einige Zeit ihrer Existenz unter der republikanischen Form der Aristokratie verbrachten.

---

[1]) Naudet, *la Police chez les Romains (Mémoires de l'Académie des sciences moral. et polit.* Tom. IV. p. 798.).

[2]) Laurent, l. c. Tom. II. p. 239 f. — Tom. III. p. 76. 172 u. s. w.

[3]) Das allmählige organische Hervorgehen des Staats aus der Familie gleichwie dessen erste mehr mechanische Konstruirung durch die materielle Macht oder Eroberung führen gleichmässig auf die persönliche Einheit des obersten Gewalthabers, auf dessen Autorschaft oder Auktorität, auf seinen Charakter als *Principium* der durch ihn, seine Kraft, seinen Willen, seine Führung zuerst bedingten Schöpfung zurück. S. Cicero, *de off.* I, 17. *Prima societas in ipso conjugio est, proxima in liberis, deinde una domus. Id autem est principium et quasi seminarium reipublicae.* — In dem alten Egypten hiess der

Digitized by Google

Die Monarchien oder Einherrschaften selbst sind zwar sehr verschieden; sie stimmen aber alle darin mit einander überein, dass sie als das erste Produkt der Kultur und Zivilisation oder als das Produkt der Macht, durch die Eroberung, erscheinen, so, dass die Geschichte die Monarchie nicht aus dem Staate, sondern diesen aus dem Monarchen hervorgehen lässt. Dabei werden patriarchalische [1]), priesterliche [2]) und kriegerische Elemente, natürliche Abstammung, menschlich-sittliche Erziehung, waffenmächtige Erhaltung und Vergrösserung in der Regel mit der Monarchie als deren Quelle verbunden, wobei natürlich die Verhältnisse der Mischung dieser Elemente sehr verschieden und wechselnd sein können. Aber ein eigentliches festes juristisches Element fehlt, oder ist wenigstens nicht ausgebildet. Die Thatsache der Zeugung und Blutsgemeinschaft, das ethische Moment der Familie, der religiöse Glaube, der Erfolg der Waffen ist allein entscheidend. So erklärt es sich denn auch, warum der Bestand und die Veränderung der politischen Zustände entweder von den natürlich-ethischen Familienverhältnissen, oder von der Religion und deren Pflegern, oder endlich von den Waffen abhängt, und zwar mehr von dem einen oder andern, je nachdem es die übrigen Elemente dominirt. Der Patriarch ist zugleich der Priester und Heerführer des Stammes. Die Natur, das Bedürfniss hat ihn dazu gemacht. Wird aber ein solcher Stamm durch Naturgesetze, welche ihm nach seinen Gesammtverhältnissen in der allgemeinen Gestalt der Noth erscheinen, zum Krieg, zur Eroberung gezwungen, so erzeugt dieselbe das überwiegende Bedürfniss des Heerführers, der durch den Sieg auch der kriegerische Vater und Priester des neuen Volkes wird [3]). Siedelt sich das Volk an, so enstehen die überwiegenden

---

König „Lebengeber". Duncker, Gesch. des Alt. Thl. I. p. 16. 35, und allgemein ist die Verbreitung des Namens „Vater" für monarchische Herrscher (China, Russland u. s. w.) — Die Beinamen der egyptischen Könige waren: Wahrer und Gerechter. Auch ein König wie ein Löwe kommt bei ihnen schon vor. Eod. l. c. p. 39.

[1]) Daher die ausgedehnte väterliche Gewalt. Bekannt ist die römische *patria potestas.* Ueber die väterliche Gewalt bei den Israeliten: Moses, II, 21. 7. — bei den Indern (Manu): Duncker l. c. Thl. II. p. 139. — in China: Huc, das chines. Reich Thl. I. p. XIII.

[2]) Döllinger, Heidenth. und Judenth. p. 445. 453 f. 375. — Laurent, l. c. Tom. I. p. 44. 57 f. 65 f. 235. 327. 336. — Tom. III. p. 173. — Vollgraff, erst. Vers. etc. Thl. III. p. 322. — Vorländer, in der Zeitschr. f. d. ges. St. W. Jahrg. XIV. p. 309.

[3]) Viele halten die despotischen erobernden Staaten des Alterthums im Vergleiche zu den s. g. Priesterstaaten desselben geradezu für einen Fortschritt, desgleichen auch die Kastenausscheidung im Vergleiche zu der ohne dieselbe eintretenden Exstirpation des besiegten Feindes und die Sclaverei wieder im Vergleiche zur Kastenabsonderung. Alles aber, der Krieg, die Feindseligkeit gegen alles Fremde, die Kasten, die Unfreiheit und Sclaverei soll ursprünglich auf einer mehr oder minder grossen Verschiedenheit der Rassen oder ihrer Unterabtheilungen, der besondern Nationalitäten, beruhen. So z. B. Laurent l. c. Tom. I. *Introd.* § 3. und pag. 43 f. 247 f. 260—273. Tom. II. p. 11. 66. Tom. III. p. 43 f. — Wir wollen auch die letztere dieser Behauptungen nicht ganz in Abrede stellen,

Digitized by Google

Bedürfnisse des Friedens. Nun tritt der Priester, der Kenntnisse und Tugenden des Friedens gottgeweihter Träger, der gotterleuchtete Gesetzgeber hervor, und das patriarchalische wie das kriegerische Element beugen sich vor ihm, dem Vater einer neuen höheren Welt, dem sie selbst nur als Mittel dienen; oder sie zwingen ihn umgekehrt ein Mittel für ihre Zwecke zu werden. Aber wie dem auch sei, jedes Volk denkt nur an sich, indem es diejenigen, so es überwunden, von sich selbst organisch getrennt und blos mechanisch mit sich verbunden, in Unterwerfung hält, die noch nicht unterworfenen dagegen entweder als unrein, werthlos, verächtlich, zu ignoriren sich den Anschein gibt, oder auch auf ihre gewaltsame Unterwerfung denkt [1]). Man hat diese Erscheinung des Alterthums sehr verschieden beurtheilt. Wir finden in ihr nur die Konsequenz der angeführten Prinzipien, das Gesetz der Noth, die erste Stufe der Entwicklung der Menschheit. Alles menschlich Grosse aber entwickelt sich organisch nur langsam vom Kleineren zum Grösseren, vom Natürlicheren, Einfacheren zum Künstlicheren, Komplizirteren. Ein Volk, dessen innere Kraft nur auf der Gemeinschaft des Blutes und auf seinem besonderen nationalen Gottesglauben beruht, kann in jedem Fremden und Andersgläubigen nur seinen Feind erkennen, und die Noth des Lebens macht die Erhaltung dieser Scheidung zu einer Existenzfrage [2]). Darum geht die Waffe dem Pflug, der Krieg dem Vertrag voraus, und die Erhaltung der materiellen Uebermacht erscheint um so geheiligter, als ohne sie die Unterwerfung zuerst mit Exstirpation des Besiegten [3]), im besten Falle

---

obgleich wir der Ansicht sind, dass der Mensch von Natur aus dem Menschen freundlich gesinnt ist. Allein gewiss hat man bei den Feindschaften der Menschen das sie dazu nach ihren konkreten Verhältnissen zwingende Bedürfniss, ihre Ansichten über die Voraussetzungen ihrer eigenen Selbsterhaltung und die Kollisionen derselben viel zu wenig in Anschlag gebracht.

1) Die Weltherrschaftsidee ist im Blute der Völker, weil im Mikrokosmus, im Menschen. Ein Jeder strebt darnach, freilich nur in seiner Weise, und ein Jeder muss sie bekämpfen. Ohne dieses ist sie ein alphafter Traum über die wahre Idee der Einheit der Menschheit, wie der Naturstand ein Rausch über die wahre Idee der menschlichen individuellen Freiheit. Das goldene Zeitalter aber, ein gleichfalls allgemein menschliches Phantasiegebilde, ist nichts, als ein Zeugniss für die dem Menschen unentbehrliche Idee der Aussöhnung dessen was ist mit dem wie es sein soll, der Freiheit mit der Beherrschung.

2) Der Unterschied des Alterthums von unserer Zeit liegt nicht in einer dem Alterthum fremden Aufhebung der Ungleichheit der Individualitäten, sondern in der Aufhebung des die verschiedenen Individualitäten und Klassen einigenden Bandes. Das Alterthum verband entweder Alle nur mechanisch mit dem Despoten, oder doch alle Herrschenden nur mechanisch mit den Beherrschten, und erzeugte dadurch gewaltthätig eine jede Individualität der Beherrschten ausschliessende Gleichheit, welches Princip aber gleichfalls für die Aristokratien galt, da auch ihre Verbindung keine organische, sondern eine Interessenverbindung war. Der moderne Staat will die individuelle Verschiedenheit seiner Glieder aber zugleich ihrer Aller gleiche organische Verbindung in und mit dem Staate. S. auch Montesquieu, Esprit. VI. 2.

3) Vergl. Arnd, die Staatsverf. nach d. Bedürfn. der. Gegenw. p. 19.

Digitized by Google

mit dessen Sklaverei, also einer blos mechanischen Verbindung mit dem Sieger, endet [1]). Der rohe Sieger vermischt sich noch weniger mit dem besiegten Volke, am wenigsten bei Rassenverschiedenheit, wenn er ihm auch vielleicht so lange als es noch nicht unterjocht war, die Töchter raubte, um sich mit ihnen ehelich zu verbinden [2]). Und sowie die Barbarei desto grösser ist, je kultivirter [3]) das Volk, welches sie ausübt, so erfindet ein kultivirterer siegreicher Barbar wohl auch noch neben der Sklaverei die Kastentrennung [4]), um durch göttliche also absolut unumstössliche Anordnung jedes Aufkommen der Humanitätsidee zu hindern.

So ist die ganze alte Welt eine Trennung der Herrschenden von den Beherrschten [5]), und jede Herrschaft aspirirt aus Gründen natürlicher und logischer Nothwendigkeit den Weltstaat durch gewaltthätige Eroberung [6]) oder durch hochmüthige Negirung und Ignorirung alles Dessen, was man nicht unterwerfen kann. Aber ein Keim des Legitimitäts-Prinzips ist schon hier nicht zu verkennen; — es ist die von Religion und Sitte geheiligte und durch das Gesetz der Selbsterhaltung gebotene Reinerhaltung des herrschenden Bluts [7]), der Ausschluss alles Unfreien, Unreinen [8]) und Fremden von jeder Betheiligung an der Herrschaft. Allein die staatlichen Völker des Orients hatten in soferne fast sämmtlich dasselbe Schicksal, als sie, schnell entartend und verweichlichend [9]),

---

[1]) Ein geistreicher Schriftsteller nennt die Sklaverei „die Erbarmniss des Alterthums".

[2]) Auch die Ehe erscheint unter solchen Verhältnissen vorzüglich als ein Gewaltsverhältniss.

[3]) Kultur, Zivilisation und Sittlichkeit sind bekanntlich drei sehr verschiedene Dinge.

[4]) Dass Vollgraff, l. c. Thl. III. p. 201 die Kastentrennung als ein Zeichen höchster Staatsweisheit zu rechtfertigen sucht, gehört zu den vielen Sonderbarkeiten seiner sonst sehr verdienstlichen und noch nicht genug geschätzten Arbeiten. Uebrigens kam bekanntlich Saint-Simon auf die Idee der Kasten zurück. Vergl. auch Pott, l. c. p. 14 f. — Ueber die egyptischen Kasten s. Duncker, l. c. Thl. I. p. 44 f., über die iranischen eod. Thl. III. p. 345, über die indischen eod. Thl. II. p. 52 f. 72. 85. — Vollgraff, l. c. Thl. III. § 88. — Döllinger, l. c. p. 43. — Laurent, l. c. Tom. I. p. 233. Tom. III. p. 7.

[5]) Vergl. hierüber Vollgraff, l. c. Thl. I. p. 96. Thl. II. §§ 157. 164. 253 f. 288. 368 f. Thl. III. §§ 46. 153. 289.

[6]) Man berief sich dabei wohl auch schon darauf, dass das Recht des Stärkeren ein göttliches sei. S. über Brennus, Alarich und Genserich: Laurent l. c. Tom. III. p. 164. Tom. V. p. 3. — Ueber die Römer: Livius I. 55 und Caillet, *de rat. in imp. rom. ord. ab Hadr. imp. adh.* (Paris 1857) p. 8 f. — Dyon. Halic. 4, 61. — Flor. I, 7. — Ueber das deutsche M. A. s. F. Förster, l. c.

[7]) So war wenigstens für die Priesterklassen in den s. g. Theokratien des Orients Monogamie und Ebenbürtigkeit Gesetz. Vergl. Duncker, l. c. Thl. I. p. 68. 181. Thl. III. p. 607.

[8]) Laurent, l. c. Tom. I. p. 352.

[9]) Gützlaff, chines. Gesch. p. 127. — Duncker, l. c. Thl. I. p. 269. Thl. II. p. 594 f. — Laurent, l. c. Tom. III. p. 147 f. - Döllinger, l. c. p. 14. — Zachariä, 40 Bücher, Thl. VI. p. 131. 135. 180.

Digitized by Google

dem Despotismus unterlagen [1]). Der orientalische Despotismus zeigt zwar bis zur Stunde noch eine seltsame Verbindung des patriarchalischen, oberpriesterlichen und kriegerischen Prinzips. Aber das letztere ist meistens unverhältnissmässig schwach, das erstere hat seine natürliche Kraft durch Einsetzung fremder Dynastien und gewaltsame Unterbrechungen verloren [2]), während dessen ethischer Inhalt längst zur Unwahrheit und Unmöglichkeit geworden. Das oberpriesterliche Element endlich ist nicht nur durch Ausbildung besonderer Priesterkasten oder Klassen zu einem blosen Schein entartet, sondern auch dadurch kraftlos, dass die orientalischen Religionen wenigstens für die grosse Masse des Volks allen Geist verloren und nur die Gestalt eines höchst komplizirten, zeremoniösen Kultus angenommen haben [3]).

Eine rechtliche Legitimität im Sinne unserer Zeit ist demnach in den alten Despotien des Orients vom Anfange an eine Unmöglichkeit gewesen [4]). Die Grundlagen derselben, Geblüt [5]), religiöser Glaube, Eroberung durch die Waffengewalt sind für sich allein keine rechtlichen Grundlagen. Wollte man aber dennoch das Nothrecht, welches doch vernünftiger Weise nur für Ausnahmsfälle Platz greift, als einen Rechtsgrund betrachten, so war derselbe theils höchst mangelhaft, weil er nur auf Hass und Feindschaft beruhte [6]), kein Menschenrecht anerkannte, also jeden rechtlichen Regulators entbehrte

---

[1]) „*La force qui improvise le progrès, détruit le principe des progrès ultérieurs, c'est-à-dire la pensée. .... Les sociétés ne vivent guère, elles s'endorment sur la parole d'un maitre.*" Dupont-White, l. c. p. 229.

[2]) Ein junger persischer Prinz tappt mit verbundenen Augen im Zimmer herum. Darüber befragt, antwortet er trocken: „Da ich weiss, dass, wenn mein Vater todt ist, der Schah stirbt, mir die Augen ausgestochen werden, so gewöhne ich mich daran, im Dunkeln zu gehen." Ausland, 1848, p. 34. eod. p. 210 f. — Laurent, l. c. Tom. III. p. 399. Tom. V. p. 552.

[3]) Condorcet, Entwurf eines histor. Gemäldes der Fortschritte des menschl. Geistes, übers. von Posselt, p. 57 f. 61 f.

[4]) Dabei ist es gleichgültig, ob der Despotismus je nach der Art und Zivilisation eines Volkes etwas milder auftritt oder nicht. So sagen zwar die Gesetze des Manu, der König solle gut regieren, der König, welcher die Wunden des Rechts nicht heile, sei selbst verwundet, etc. Allein nichtsdestoweniger giebt es für ihn keine andere Schranke, als sein persönliches Interesse und die Verehrung der Brahmanen. Duncker, l. c. Thl. II. p. 102 f.

[5]) Bei den Indern bestand zur Zeit der Abfassung von Manu's Gesetzbuch (etwa 700 Jahre vor Chr.) noch das *connubium* unter den drei obern Kasten. Aber die erste Frau sollte ebenbürtig sein. Duncker, l. c. Thl. II. p. 131. 132.

[6]) Die herrschenden Völker des Orients kannten meist nicht die freie Bearbeitung des Ackers (Perser, Phönizier machten theilweise eine Ausnahme), die Mutter des Patriotismus und eines wohlbegründeten civilen Freiheitsgefühles. Sie blieben, bis sie selbst wieder Sklaven wurden, kriegerische Nomaden (Mandschu, Türken etc.). Darum war auch andere Arbeit, Gewerbe und Handel, in der Regel wenig geachtet. In dem mit dem freien Ackerbau und Stadtstaat verbundenen höheren und edleren Grade von Sesshaftigkeit und in dem nahen Zusammenwohnen der Griechen und Römer liegt ein Hauptgrund ihrer höheren Artung. Aber während in den modernen Staaten der ursprünglich unfreie Grund-

Digitized by Google

und auch nach gelungenem Siege nur die Gewalt allein fortherrschen liess; theils war er ohne alle rechtliche Anerkennung, da ihm auch nichts als das Nothrecht aller andern Völker mit gleicher Kraft gegenüberstand. Hiezu kommt aber noch die Wirkung der sittlichen und physischen Entartung der alten Staatsvölker.

Während der Despot für das, was er wollte, keine rechtlichen Schranken kannte, sondern nur solche, welche Vaterschaft, Religion oder das Mass seiner eigenen Kraft ihm auferlegte, und demnach selbst den siegreichen Stamm wie ein Vater seine Kinder, wie ein Gott seine Geschöpfe, wie der Starke die Schwachen nach Thunlichkeit willkürlich beherrschte [1]), hatte die Verweichlichung des herrschenden Stammes ihn dem Despoten gegenüber gleichfalls zum Sklaven gemacht, wofür sich derselbe, den Unterworfenen gegenüber, durch gleiche Despotie entschädigte. Der Despotismus gefährdete Leben und Eigenthum [2]), die Sklaverei schändete die Arbeit, die Polygamie entwürdigte das Weib und machte die Familie unmöglich. Die Entartung der Religion und der Sitte hatte die Völker in Bahnen gedrängt, auf welchen die menschliche Natur sich empören musste. Nicht selten kamen die Priester dem Ausbruche zuvor, wenn die unnatürlichste Despotie entweder sie selbst mittelbar durch die Empörung des Volks bedrohte, oder wenn der despotische Wille direkt sie gefährdete [3]). Ein Urtheil Gottes

---

besitz allmählig frei wird, wurde die Landwirthschaft auch in den klassischen Staaten allmählig Sklavensache. Der Patriotismus wuchs damit nicht, denn man folgte auch hier nur einem Gebote der Noth; wohl aber die Furcht und der Hass gegen Alle, von denen eine Gefahr drohte, sie möchten verkleinernd auf die Nutzantheile des privilegirten Bürgers an den materiellen Vortheilen des Staats einwirken.

[1]) Condorcet, l. c. p. 82 f.

[2]) In gewisser Beziehung lässt er Letzteres gar nicht zu, indem er von dem alleinigen Eigenthume des Despoten an Allem, was seiner Gewalt unterworfen ist, ausgeht, und bei der Unsicherheit ja Lebensgefährlichkeit des Besitzes entweder die Lust zu mühevollem Erwerb oder die Möglichkeit eines freien, freudigen Genusses des Erworbenen ausschliesst. S. Buxton, der afrikanische Negerhandel p. 362. — Laurent, l. c. Tom. V. p. 578. — Duncker, l. c. Thl. I. p. 86 f. — Während aber in Griechenland und Rom der Kampf der Herrschenden mit den Beherrschten in einen Kampf des Reichthums und der Armuth ausartete, und die arbeitsscheue Plebs dem Reichen auch seinen Reichthum zu verleiten verstand, wenn sie als Despot auftreten konnte, erzeugte der orientalische Despotismus, begünstigt durch Klima und andere Verhältnisse, ein grosses Bettelsystem, theils aus Schwärmerei, theils aus Politik. So bestimmte z. B. Manu: „Es ist nicht gut, dass der Sudra Reichthum erwerbe, denn er wird ihn benützen, um anmassend gegen die höheren Kasten zu sein.“ — Dem elenden Paria befiehlt das Gesetz, sein Beruf sei, allen andern Kasten zu dienen und zwar ohne Neid (!). — Die Arbeit aber ist, abgesehen von der Verjährung, das Princip des Eigenthums und der Freiheit. — Dupont-White, l. c. p. 242 f.

[3]) Auch die egyptischen Todtengerichte waren von Bedeutung. Die äthiopischen Priester konnten dem Könige befehlen, zu sterben und in China muss der Kaiser noch heutzutage die Verantwortung

Digitized by Google

entsetzte den Despoten, eine Operation, welche bei dem Harems- und Eunuchenwesen der orientalischen Despotie keinen Schwierigkeiten unterliegt. Manchmal aber sind es aufrührerische Söhne [1]), Satrapen oder das Volk im Aufruhr, welche, ohne oder mit anderer Anstiftung und Führung die ordentliche Thronfolge unterbrechen [2]). Aber streng genommen findet in keinem dieser Fälle eine Verletzung des Legitimitätsprinzips statt, denn dort ist es Gott, der richtet, hier der Vorwand unächten Bluts, die Noth, das Kriegsglück u. s. w. was rechtfertigt. Das patriarchalische Prinzip ist also auch nicht verletzt, weil es bei Polygamie, bei dem Haremswesen nicht aufrecht bleiben kann, und das Prinzip der materiellen Uebermacht hat sich nur selbst gerichtet [3]). Und trotz allem dem finden sich auch in diesen Despotien, abgesehen von den früher schon hervorgehobenen Spuren, deutliche Anzeichen, dass ein gewisses Legitimitätsgefühl nicht gänzlich mangelte. Wir wollen nur einige der auffallendsten Belege hiefür anziehen.

Zu diesen gehört vor Allem die Neigung der alten Völker ihre Königsgeschlechter von den Göttern abzuleiten [4]), und ihnen bei ununterbrochener Abstammung ein möglichst hohes Alter zu geben, in Verbindung mit dem allgemeinen Prinzip der Autochtonie [5]); ferner die ausserordentliche und uralte Verbreitung der Primogenitur [6]), das Streben

---

für schädliche Naturereignisse auf sich nehmen. Die heiligen Bücher des Orients enthalten überhaupt sehr viele Bestimmungen über die Gründe, aus denen der Fürst seinen Thron verliere. S. Gützlaff, l. c. p. 112. 138. — Laurent, l. c. I. p. 270. — Duncker, l. c. I. p. 81 f. 267 f. 269 f. II. p. 96 f. III. p. 338. 604. — S. Augustinus, de civ. Dei XVI. 42.

[1]) Zachariä, 40 B. Thl. V. p. 190. — Laurent, l. c. Thl. I. p. 87 f. — Duncker, l. c. Thl. II. p. 230. Thl. III. p. 596. — Vergl. auch F. Förster, l. c. p. 832 f.

[2]) Freilich wurde auch von jeher der Wechsel in der Person des Despoten wenig empfunden — um seiner eigenen Existenz willen musste einer sein wie der andere. Den Phöniziern aber wird nachgerühmt, dass sie, trotz häufig auch bei ihnen vorkommender Thronrevolutionen, sehr zähe an ihren angestammten Dynastien festgehalten hätten. Allein die Verfassung der phönizischen Städte war ihrem Wesen nach nicht eine monarchische, sondern eine aristokratische.

[3]) Gfrörer, Urgesch. Thl. I. p. 244. 253 f. — Duncker, l. c. Thl. I. p. 83. 96. Thl. II. p. 129. 262. Thl. III. p. 515 f. 548. 613. — Laurent, l. c. Tom. I. p. 233.

[4]) Vergl. z. B. über die Assyrier, Indier, Scythen, Duncker, l. c. Thl. I. p. 267. Thl. II. p. 35. 99. Thl. III. p. 433.

[5]) Rougemont, le peuple primitif. Tom. I. p. 88. — Denis, hist. d. théor. Tom. I. p. 306. — Döllinger, l. c. p. 35. 58. 158. — Duncker, l. c. Thl. I. p. 83. 174 f. — Gfrörer, l. c. Thl. I. p. 151. — Tacit. Germ. c. 2. — Curtius, l. c. Thl. I. p. 26.

[6]) Vergl. Mein System des Verf. R. Thl. II. p. 256. not. 2. — Zachariä, 40 Bücher Thl. III. p. 118. IV. p. 287 f. — Döllinger, l. c. p. 182. — Grimm, R. A. Thl. I. p. 324. — Pott, l. c. p. 6. — Duncker, l. c. Thl. I. p. 110. 165. 228. Thl. II. p. 129.

Digitized by Google

der Usurpatoren, entweder durch den Himmel [1]) oder durch eine nähere Verbindung mit irgend einem Gliede der früher geherrscht habenden Familie [2]) oder auf sonst eine andere Weise, als die blosse Gewalt [3]), ihren Thronraub zu rechtfertigen, der schon früher vorkommende Uebergang der Thronfolge auf die weibliche Linie [4]), die nicht seltene Opposition selbst gegen einen ausgezeichneten Usurpator [5]), Vernichtung des berechtigten Thronfolgers und seiner ganzen Familie [6]), Aneignung des Harems des verstossenen oder getödteten legitimen Herrschers seitens des Usurpators [7]), Amnystirung der Anhänger der gestürzten Dynastie [8]) u. s. w. Aber nicht alle Völker des Alterthums sind zur Ausbildung des monarchischen Despotismus gelangt. Viele derselben kamen nicht über die Stammverfassung hinaus, und vorzüglich zwei, die Griechen und die Römer gründeten Stadtstaaten.

In die erstere Klasse gehören vornämlich die semitischen und chamitischen Völker.

Die letzteren, meist in einem Zustande trostloser Verkommenheit, welche wir weniger einer absoluten Inferiorität der Rasse, als vielmehr ihren Gesammtverhältnissen,

---

[1]) Dieser Rechtfertigungsgrund ist im Oriente besonders häufig, ohne dass man desshalb nicht zugleich nach noch anderen sich umgesehen hätte.

[2]) David und Michal!

[3]) Z. B. durch Testament. Vergl. Mommsen, l. c. Thl. II. p. 51, Thl. III. p. 47. 50. 165. — Laurent, l. c. Tom. III. p. 155.

[4]) Buchanan, a journey from Mavras through the Countries of Mysore (London 1807). — Zachariä, 40 B. Thl. II. p. 134. — Semiramis! Die Königin Artemisia von Halicarnass (Plutarch, Themist.) Zarina, Sparethra et Tomyris (Duncker, l. c. Thl. II. p. 572 f.).

[5]) Z. B. gegen Darius. S. Duncker l. c. Thl. III. p. 610. — In China zwingt der Adel den Wu-wang, welcher 1122 vor Chr. die legitime Dynastie gestürzt hatte, statt des Titels Ti, d. h. Herrscher oder Kaiser, welchen die beiden vorhergehenden Dynastien geführt hatten, den geringeren, Wang, d. h. König, anzunehmen. Sein Nachfolger demüthigt sich vergebens vor den Grossen, und der Geist der Unbotmässigkeit, sich zuerst in bissigem Witze zeigend, ergreift auch allmählig das Volk, welches sich dann weigert, Abgaben zu zahlen. Gfrörer, l. c. Thl. I. p. 248 f.

[6]) Damit Keiner übrig bliebe, der durch sein Dasein die Herrschaft des Usurpators zum Unrecht stemple.

[7]) Dass der Legitimismus selbst in China eine Macht, zeigt Gützlaff, l. c. p. 117. 127.

[8]) Manu sagt zwar: „Den schlechten König, welcher ungerechtes Urtheil fällt, werden seine Feinde bald unterjochen." Allein ein Attentat des Volkes gegen einen solchen Fürsten, obgleich in Indien nichts Seltenes, scheint doch immer nur als eine von Gott verhängte Strafe, nie als ein Recht des Volkes von den indischen Rechtsphilosophen betrachtet worden zu sein. Ausland. 1850. p. 571. — Bemerkenswerth sind aber die Worte Guizot's (*Pourquoi* etc. p. 24.) „*Il n'y a point de fanatisme si aveugle ni de politique si perverse qui, au moment même de leur triomphe n'aient vu apparaître, tout près d'eux et dans leurs propres rangs, quelque éclatante lumière, quelque protestation solennelle et inattendue de la conscience humaine.*"

Digitized by Google

dem Mangel einer entsprechenden Mischung mit andern Rassen [1]), ihrer Abgeschlossenheit und den nicht hebenden, sondern systematisch ruinirenden Berührungen mit zivilisirten Nationen zuschreiben, kommen hier nicht in Betracht; der roheste Aberglaube, die brutalste Gewalt, die materiellste Sinnlichkeit beherrschen sie so sehr, dass es nicht der Mühe lohnt, bei ihnen nach einer Spur der Legitimität zu suchen, obgleich sie sogar bei ihnen nicht absolut mangelt.

Die semitischen Völker dagegen gehören unstreitig zu denjenigen Völkern, welche sich einer bedeutenden geistigen Entwicklung fähig zeigten. Renan in seinen *études d'hist. relig.* pag. 89 zeichnet dieselben bezüglich ihrer politischen Richtung meisterhaft mit folgenden Worten: „*Les questions d'aristocratie, de démocratie, de féodalité, qui renferment tout le secret de l'histoire des peuples indo-européens, n'ont pas de sens pour les Sémites. La noblesse sémitique est toute patriarcale: elle ne tient pas à une conquête, elle a sa source dans le sang. Quant au pouvoir suprême, le Juif comme l'Arabe ne l'accorde rigoureusement qu'à Dieu* [2]).“ Die Semiten [3]) werden daher in einer doppelten Hinsicht zu betrachten sein, nemlich einmal jeder Stamm für sich und in der Vereinigung mehrerer

---

[1]) Vergl. Forster, G. Werke, V. p. 150. — A. v. Humboldt, Kosmos, Thl. I. p. 385. — Deutsche Vierteljahrschr. Hft. 2. p. 170 f. — Prichard, Hamilton und Bunsen im Quaterly Rev. Nro. CLXXI. Dec. 1849. — Die Werke von Cuvier, Serres, Gobineau, Blumenbach und Pott. In neuester Zeit wird wieder die entscheidende Ursache der gesammten Entwicklungsfähigkeit der Völker in der Rasse gesucht (Rohmer, Vollgraff, Deprez, Gobineau etc.). Allein weder die ausserordentlichen Fortschritte der Sprach- und Geschichtswissenschaft, noch die der Ethnographie und Ethnologie sind bisher zu irgend einem festen Resultate gelangt. Wir sind nach gründlicher Würdigung des vorhandenen Materials zu der festen Ueberzeugung gekommen, dass die inneren Verschiedenheiten der Völker, die wir nicht gänzlich läugnen wollen, stets ein Geheimniss bleiben werden (Ballanche, *Palingénésie, Préface*, Tom. III. p. 16 f. ed. in 8. — Laurent, l. c. Tom. I. p. 248), welches nie durch die Annahme einer ursprünglich verschiedenen Anlage der Rassen erklärt werden könne und dass, soweit jene Verschiedenheiten überhaupt zu erklären sind, die einzigen festen Haltpunkte vom Lande, Klima etc., am meisten aber von der Art der Berührungen mit anderen Völkern abhängen, dass endlich aber und insbesondere von der nicht zu läugnenden sehr verschiedenen Beanlagung der einzelnen Individualitäten eines jeden Volkes kein Schluss auf eine gleiche verschiedene Begabung der Gesammtindividualitäten oder Völker von Natur aus gemacht werden dürfe. Das neueste diesen Gegenstand betreffende aber uns noch nicht zugekommene Werk ist Waitz, Theod. Anthropologie der Naturvölker, Thl. I. (Leipz. 1859).

[2]) S. auch Movers, die Phönizier. — Renan, l. c. p. 73. — Coussin de Perceval, *Essai sur l'hist. des Arabes avant l'Islamisme.* — Volney, *Oeuvr. compl.* p. 205. — Vollgraff, l. c. Thl. II. § 447 f. — Laurent, l. c. Tom. I. p. 220 f. 469 f. 498 f. — Die Semiten sind die Träger der höchsten Idee des Alterthums, des Monotheismus, wenn auch in antik-orientalischer Färbung. Zwar tritt diese Idee wenigstens in den Geheimlehren überall als vorhanden auf, aber eben desshalb ging sie überall ausser bei den Hebräern, allmählig verloren. Döllinger, l. c. p. 65 f.

[3]) Zu ihnen gehören die Hebräer, Phönizier, Araber und Abyssinier.

Digitized by Google

Stämme miteinander. In ersterer Beziehung aber erscheint das semitische Volk monarchisch organisirt; das Oberhaupt des Stammes ist der Monarch. In zweiter Beziehung erscheinen sie in der Form von Conföderationen [1]). Nur bei den Phöniziern bildet sich durch das Städtewesen ein Ansatz, welcher zwischen Aristokratie und Monarchie zu schwanken scheint [2]), gestützt durch die ganze Natur und Anlage des Volks, seines Landes und Handels und durch den Polytheismus. Je mehr aber dem Semiten Gott Alles ist [3]), desto unbestimmter mussten seine staatlichen Formen bleiben [4]), und zwar um so nothwendiger, als er, vermöge der Natur der von ihm besetzten Länder, kaum, nur scheinbar und vorübergehend, über das Nomadenthum hinauskam [5]). Gerade deshalb weist er aber auch im Wesentlichen dieselben Spuren der Legitimitätsidee auf, wie die zur Gründung von despotischen Grosstaaten gelangten orientalischen Völker. Das Stammeshaupt steht, wenn gleich überall ein politisch herrschaftberechtigter Priesterstand fehlt, unter dem ,Religionsgesetz, unter dem Gesetz der Blutseinheit und unter der Macht der Thatsachen, worüber ein Rath des Stammes wacht. Die Verletzung des einen oder andern dieser drei Gesetze rechtfertigt die Entsetzung des Häuptlings.

Betrachten wir nun aber die s. g. klassischen Republiken, so werden wir die einzigen wesentlichen Modifikationen der bisher hervorgehobenen Erscheinungen nur darin finden, dass sie bei diesen Völkern in milderen und allmählig erblassenden Formen auftreten und zwar vorzüglich in Folge der vor denselben vollendeten Ausbildung des Stadtstaats [6]).

Vor Allem konstatiren wir, dass weder in Griechenland noch in Rom jemals das Prinzip der Volkssouveränetät anerkannt war [7]), dass weder in dem einem noch in dem andern je eine wahre Demokratie bestanden hat. Die Anfänge der griechischen Staaten wie die Roms sind patriarchalisch — monarchisch [8]). Das Princip derselben ruht gleich-

---

[1]) Volney, l. c. p. 599. 606. — Condorcet, l. c. p. 82. 83.

[2]) S. Oben p. 18. not. 2.

[3]) Döllinger, l. c. p. 779.

[4]) Ueber das israelitische Patriarchenthum und Königthum s. Eisenlohr, das Volk Israel unter der Herrschaft der Könige. — Bunsen, Gott in der Gesch. — Ewald, Gesch. des Volkes Israel.

[5]) Duncker, l. c. Thl. I. p. 110.

[6]) Welchem übrigens Religion und Privatrecht nicht nur untergeordnet, sondern geradezu geopfert werden. Vollgraff, l. c. Thl. II. p. 58 f. 82 f. — Laurent, l. c. Tom. II. p. 170. — Naudet, l. c. p. 798 f. — Condorcet, l. c. p. 65. 108. — Vergl. auch die klassischen Stellen über Monarchie, Gerechtigkeit im Kriege, Priesterstand bei Hanthaler, Moralphil. d. klass. Alterthums.

[7]) Den griechischen Demagogen war es mit der Volkssouveränetät sicher so wenig Ernst, wie den modernen. Welche Bewandtniss es aber mit der s. g. Volkssouveränetät schon damals hatte, beweist besonders die dem Solon selbst angetragene Tyrannis und die Zeit des Perikles. — Schon Hobbes hat es ausgesprochen, die Demokratie sei entweder eine Aristokratie von Rednern oder auch die Monarchie eines einzigen Redners. Vergl. Cic. de orat. II. 39.

[8]) Haase, F. die athenische Stammverfassung. Bresl. 1857. p. 79 f.

Digitized by Google

falls auf Geblüt, Religion und Macht. Die Noth führt zur Conföderation der Familien-Stämme sowie zu deren Organisation und zum Abschlusse gegen Alles [1]), was nicht durch Gleichheit des Bluts, der Religion und Kraft wie Interessen dazu gehörte oder damit sich verbinden liess. Hierin liegt das Wesen der griechischen und römischen ersten Königthümer und der daraus hervorgegangenen Republiken, die nichts als Conföderationen sind. Die Lage und das Klima der Länder, die Schicksale der Völker und die Anforderungen an ihre Selbsterhaltung verhinderten aber das Aufkommen eines orientalischen Despotismus und die schnelle Entartung der Massen, während das Wesen der griechischen Städte und Roms das Nomadenthum ebenso unmöglich machte, wie die brutale Sesshaftigkeit des Afrikaners nicht nur durch die angegebenen Umstände, sondern auch dadurch zur Unmöglichkeit wurde, dass sie allmählig und organisch die Kulturerrungenschaften des ganzen Orients in sich aufnehmen konnten [2]). Diese städtisch so enge Zusammengeschlossenheit der königlich beherrschten und unter sich konföderirten herrschenden Familien oder Stämme Griechenlands und Roms sind es daher, welche, unter sich eine Interessensozietät [3]) und nur den Beherrschten gegenüber eine juristische Einheit, das bilden, was man die griechischen und die römische Aristokratie nennt, und über welche Griechenland in Selbstständigkeit nie, Rom aber erst in seinem Verfalle hinauskam [4]). Das römische Kaiserthum war aber eine Art von Wahlreich, der Kaiser ein Gott [5]), das Ganze wurde zu einer fürchterlichen Repristinirung des orientalischen Des-

---

1) Dass das alte griechische und römische Königthum nur eine Magistratur der konföderirten königlichen *patres* gewesen, s. Mommsen, l. c. Thl. III. p. 463. — Kreutzer, Symbolik. I. p. 177 f. — Laurent, l. c. Tom. III. p. 2. 43 f. — Vollgraff, l. c. Thl. III. p. 274. not. d. p. 463. not. a. Thl. II. p. 113 f. — Derselbe, die polit. Systeme. Thl. II. p. 295. — Lerminier, l. c. Tom. I. p. 178. — Aristotel. Pol. III. 15.

2) Aber selbst die Religion, die Kunst und die Wissenschaft waren in diesen Staaten gleichsam öffentliche Einrichtungen, also gleichfalls nur im Dienste der herrschenden Interessensozietät. Heeren, Ideen. — Dupont-White, l. c. p. 155. — Ein gewisser allgemeiner Genuss war zwar dadurch nicht ausgeschlossen, aber derselbe konnte für die Nichtherrschenden nie sittlich produktiv werden.

3) Livius, XXX, 44. — Horat. *epist.* II, 1. 105 f. — Cicero, *ad Att.* V, 21. 8. — VI, 1. 4. — Tacitus, Annal. VI, 16. — Appian. B. C. I, 54. — Laurent, l. c. Tom. III. p. 3. — Patr. Senens. nennt die Einheit in der Republik nur eine *„unitas per imitationem ficta."* (*de regno*, I. Tit. 13.) — Dass auch Athen keine Demokratie jemals gewesen und seine am meisten demokratischen Zustände entweder despotische oder anarchische waren, dürfte heutzutage allgemein anerkannt sein.

4) Die Glanzperiode der römischen Rechtswissenschaft fällt bekanntlich nicht in die republikanische Zeit. Aber die glänzendste Seite dieser Rechtswissenschaft war das Privatrecht. Das öffentliche ist allein in dem einzigen Satze enthalten: *„quidquid principi placuit, lex esto."* S. auch Sueton. *Caligul.* c. 30. — L. 3. *Cod. Theodos.* IX, 14.

5) Denis, l. c. Tom. II. p. 221. — Die Menschenvergötterung ist die nothwendige Folge der religiösen Entwicklung ohne Monotheismus bei Völkern, welche zu einer höheren Intelligenz heranreifen. Vergl. Döllinger, l. c. p. 14. 48. 485 l. 613 f.

Digitized by Google

potismus, und um so eckelhafter, je mehr die gesammte originale orientalische Unterlage und Umgebung fehlte. Seine Basis war die Vernichtung der alten Aristokratie, die Versammlung der Gewalten des in jeder Beziehung entarteten Volks [1]) in einer Hand und deren Erdrückung in dieser Hand. Es gilt demnach im Wesentlichen Dasselbe, was wir bereits bezüglich der Legitimitätsidee in der orientalischen Despotie bemerkt haben, nur mit der Modifikation, dass statt des Geblütes das Element der Wahl zu setzen ist.

Wir müssen demnach die Legitimitätsidee der klassischen Staaten in den konföderirten herrschenden Familien, oder, wenn man will, in der Aristokratie suchen. Hier finden wir dieselbe aber genau auf denselben Grundlagen, wie im ganzen Alterthum, nemlich auf dem Geblüt, der Religion und Macht [2]). Wie strenge hielten die herrschenden Geschlechter Griechenlands und Roms auf Reinerhaltung des patrizischen Bluts [3]), wie schwer und langsam vereinigten sie sich zu einem gemeinschaftlichen Gottesdienste, ohne desshalb die *sacra privata* aufzugeben [4]), mit welchen Opfern der Menschlichkeit [5]) und eigenen Freiheit [6]) erkauften sie die Fernehaltung der ihrer Klasse nicht Angehörigen von jedem Antheile an den *honores* und am *fundus publicus*, von den Landloosen [7])?

---

[1]) Die dem Despotismus gemachten Vorwürfe gehören jedoch, wenigstens zum guten Theile, den darunter seufzenden Völkern selbst. Vollgraff, polit. Syst. Thl. II. p. 322. — Charakteristisch ist aber die Konsequenz im Despotismus. Ein organisches Staatswesen ausschliessend steht der Despot nicht im Staate, sondern er ist der Staat selbst und allein. Alles Uebrige ist nur mechanisch mit ihm verbunden und seine d. i. des s. g. Staats Diener werden nach seinen Kleidern, Waffenstücken oder sonstigen Effekten, nach den Gliedern seines Körpers benannt. Vergl. auch Laurent, l. c. Tom. III. p. 521 f. Tom. IV. p. 348 f. — Vollgraff, erst. Vers. Thl. III. § 153.

[2]) Die Tyrannis von der schon die Griechen sagten, das Uebelste an ihr sei, dass sie „οὐκ ἔχειν δ' ἀπόστασιν (vergl. Plutarch. Solon. — Leminier, l. c. p. 154. 164. 187.)" verstiess daher auch gegen das aristokratische Legitimitätsprinzip, und diess ist der eigentliche Grund (nicht die Volkssouveränetät, sondern die Souveränetät der konföderirten Geschlechter), warum bei den Alten keine Meinungsverschiedenheit über Erlaubtheit des Tyrannenmordes vorkam, und warum man diese Theorie im M. A., dessen Lehnsstaaten auch mehr Konföderationen als Einheitsstaaten waren, ganz unkritisch so lange verfechten zu können glaubte. S. F. Förster, l. c. — v. Mohl, l. c. Thl. III. p. 373. — Laurent, l. c. Tom. V. p. 305. — Vollgraff, polit. Syst. Thl. IV. p. 257. 261.

[3]) Livius, IV. 1. 2. — Niebuhr, Thl. II. p. 343.

[4]) Auch in Indien ging die Ehe entschieden auf *procreatio prolis* und Fortsetzung der *sacra* Duncker, l. c. Thl. II. p. 137 f. — Laurent, l. c. Tom. III. p. 55,

[5]) Unnatürlichkeit und Unsittlichkeit der Geschlechtsverhältnisse. S. z. B. Sam. Petitus, de leg. Att. IV. 1. — Was that selbst der alte Cato? — Condorcet, l. c. p. 81 f.

[6]) Lerminier, l. c. Tom. I. p. 194. — Vollgraff, polit. Syst. Thl. II. p. 8. 18 f. 79 f. — Laurent, l. c. Tom. IV. p. 331. — Aelian. hist. var. II. c. 7.

[7]) Die politische Tugend in den klassischen Völkern war wenigstens zum grössten Theile nichts, als das Interesse einer Oligarchie an der Herrschaft, und zwar nicht um deren Pflichten, sondern um

Digitized by Google

Aber sie sündigten dabei nicht nur gegen die eigene Natur — sie strebten damit auch gegen die im Staate zu verkörpernde Einheitsidee, gegen die Menschlichkeit der unterworfenen Uebermasse. Die Geschichte dieser s. g. Republiken ist demnach auch ein fortgesetztes Ringen nach Behauptung dieser unnatürlichen Stellung, nach erblicher monarchischer Einheit [1]) und bürgerlicher Gleichstellung der Massen, unterbrochen von Sklavenaufständen und Sklavenjagden, wobei die Gelüste der Tyrannei mit dem Streben der Plebs nach Volkssouveränetät meist gegen die legitime aber zur Geldaristokratie ausartende Klasse der Herrschenden [2]) im Bunde sind. Aristokratie, Tyrannis (die stets nach Erblichkeit strebende), Anarchie und Demagogie wechseln [3]), bis mit der Verblutung der entarteten alten Geschlechter [4]) die politische Glanzperiode, die nur in ihnen lag, definitiv zu Grabe geht und wenigstens die politische Rolle dieser Völker ausgespielt ist. Auch dem klassischen Legitimitätsgefühle fehlt die vernünftige, allgemein menschliche Grundlage, die organische Verbindung der Herrschaft mit dem ganzen Volke [5]), der auf menschliche Freiheit und gemeinnützige Beherrschung sich stützende Rechtsbegriff. Das klassische Alterthum überwand den Despotismus, aber nicht die Konföderation. Selbst der Stadtstaat vermochte nicht zum Einheitsstaate zu werden, und die Einheit des röm. *orbis terrarum* war eine mechanische Verbindung mit der ewigen Stadt [6]), keine organische. Das römische Kaiserthum aber bestand weniger durch sich, als durch die Umstände; seine s. g. Geschichte ist eine Chronik des Verfalls [7]).

---

ihrer materiellen Vortheile willen. Denis, l. c. Tom. I. p. 209. — Lerminier, l. c. Tom. III. p. 46. 87. Tom. IV. p. 101 f. — Vollgraff, polit. Syst. Thl. II. p. 222. 263. — Derselbe, erst. Vers. Thl. III. § 80. 237. Thl. II. p. 73. — Haase, l. c. p. 82. 84 f.

1) Alle griechischen Tyrannen strebten nach Erblichmachung der Tyrannei, d. h. darnach, die Legitimität aus den konföderirten Geschlechtern zur Legitimität eines Geschlechts zu erheben.

2) Nicht selten auch mit dem barbarischen Auslande. Laurent, l. c. Tom. II. p. 13: *„La victoire alternative des riches et des pauvres est toute leur (des cités grecques) histoire."* — Der Barbar erschien minder gefährlich und feindlich, als der eigene Stammes- und Staatsgenosse.

3) Die Diktatur der Römer und die altgriechischen Aesymneten: Vollgraff, polit. Syst. Thl. II. p. 309. — Derselbe, erst. Vers. Thl. II. p. 117. — Junius (Gentz Schriften Thl. II. p. 140.) — Schon die Römer nannten aber die städtische Plebs: *„fex et sordes urbis"*, während die freilich in der Stadtpolitik nicht zählende und in den Latifundien bald untergehende *plebs rustica* eine *optima, modestissima, laudatissima* genannt wurde. — Ueber den Unterschied der älteren und neueren griechischen Tyrannis s. Laurent, l. c. Tom. II. p. 70 f. — Müller, die Dorier, I. p. 161.

4) Dion. Halic. I. 85. — Laurent, l. c. Tom. III. p. 231. 241. IV. 348 f. 352.

5) Tacit. hist. I. 2. „Ipsa etiam pace saevum (imper. rom.)" — Livius, XXXIV. 57.

6) Auch die Aufnahme der fremden Götter in den römischen Olymp war nur ein mechanischer Hebel der römischen Gewaltspolitik, wie das ganze System der römischen Staatsreligion. S. auch Vollgraff, pol. Syst. Thl. II. p. 249 f. 344. — Derselbe, erst. Vers. Thl. III. p. 873 f.

7) Warum selbst das Christenthum Rom nicht retten konnte, erklärt sich leicht. Ein Licht brennt nicht in dichter Moderluft. — Ueber die allgemein vergiftende Natur des Despotismus vergl.

Digitized by Google

II. CHRISTLICHE ZEIT.

Römische Disziplin und antike Kultur sind nebst der christlichen Religion [1]) und Moral und dem germanischen Wesen die Grundelemente dieser Zeit. Der beschränkte Raum zwingt uns, die Darstellung nur auf die wichtigsten modernen Kulturvölker zu beschränken, zu welchem Zwecke wir Frankreich, England und Deutschland wählen, und wohl mit Recht. Die germanisch-christliche Kultur ist die Kultur der modernen Zeit; das slavische Element ist noch nicht zu einem selbstständigen Kulturelement geworden, die französische Zivilisation aber ruht wesentlich auf germanisch-christlichen Grundlagen, wenn es gleich seit einiger Zeit [2]) eine mehr als blos äussere oder auf rein wissenschaftlichen Forschungen beruhende Erscheinung ist, dass man von französischer Seite alles Germanische aus der Nationalität auszuscheiden sucht [3]). Frankreich, Eng-

---

noch Guizot, *hist. de la civilis. en France*, 2me leçon. — Gentz, Schriften. Thl. II. p. 143. — Laurent, l. c. Tom. III. p. 276 f. — Condorcet, l. c. p. 48 f. — Eötvös, l. c. — Arnd, l. c. p. 162 f. 280 f.

[1]) Man hat einzelne Lehren des Christenthums schon bei Zoroaster und Moses, Confuzius und Laotse, Manu und Buddha, Pythagoras und Sokrates, Plutarch, Seneka und Epiktet finden wollen — das Christenthum im Ganzen und das Christliche in jeder einzelnen Lehre aber wird man nirgends anders, als im Christenthume selbst finden können. Ueber die Bedeutung des Einflusses des Christenthums sind Bibliotheken geschrieben worden, ohne dass man sagen könnte, das Thema sei erschöpft. Wir machen hier nur auf einige neuere Erscheinungen aufmerksam: Scherr, Gesch. d. Relig. Thl. III. — Buisson, E. *l'homme, la famille et la société considerés dans leur rapports avec le progrès moral etc.* — Diego-Soria, *de la moralité etc.* — Stirm, Apolog. d. Christenth. — Ahrens, Encyklop. p. 146 f. — Laurent, l. c. Tom. IV. V. — Gengler, üb. d. Einfluss d. Christenth. auf d. altgerm. Rechtsl. — Bunsen, Gott in der Gesch. Thl. I. p. XLII. und p. 59. — Tittmann, über das Verhältn. des Christenth. zur Entw. der Menschh. — Bautain, die Moral des Christenth. übers. von Gaisser. — Le Lièvre, C. *Exposé des principes économiques de la société chrétienne.* — Pistre, *Influence du christianisme sur le droit.* — Troplong, *de l'influence du christianisme sur le droit civil des Romains (Mémoires de l'Academ. des scienc. mor. et pol.* 1844. p. 287 f.). — Vergl. auch Mein System des Verf. R. Thl. I. p. 199 f.

[2]) Ueber den Nationalcharakter der Germanen: Gervinus, Gesch. der poetischen Nationallit. Thl. I. p. 476. Thl. II. p. 480. — Platner, über die histor. Entw. etc. Thl. II. p. 16 f. — Vorländer, Zeitschr. f. gesch. R. W. XIII. p. 34. — Ozanam, les Germains avant le Christ. — Mein System Thl. I. p. 406 f. — Ammian. Marcell. XXX. 5. — Zosim. I, 32. 33. — Tacit. Germ. und Annal. XIII. 54.

[3]) Die Ansichten über den gallischen Nationalcharakter sind sehr verschieden. Von den Deutschen hält Vollgraff, Erst. Vers. Thl. III. p. 65 f. das keltisch-gallische Element für edler, als das germanische. Der berühmte Guérard hat sich mehrfach (s. z. *Polypt.* Tom. I. p. 275. 276) zu Gunsten derselben Meinung ausgesprochen und von den Franzosen sind ihm viele gefolgt. Wir wollen die Naturanlage keiner Nation herabzusetzen suchen, aber edler als die germanische hat die Geschichte keine aufzuweisen. Vergl. Brandes, das ethnograph. Verh. der Germanen u. Kelten. — Laurent,

Digitized by Google

land und Deutschland sind aber so sehr die drei charakteristischen Träger dieses modernen Kulturelements, dass die übrigen modernen nicht slavischen Kulturstaaten nur in so ferne in Betracht kommen, als sie in ihren Eigenthümlichkeiten dem einen oder dem andern dieser drei typischen Völker überwiegend verwandt sind.

Von den ersten Anfängen an bis zu einem gewissen Momente, nemlich bis zur völligen Ausbildung des Lehnwesens, zeigt sich bei allen drei Völkern eine grosse Uebereinstimmung in der Entwicklung bei einer grossen Verschiedenheit der Umstände. In England eine nicht sehr grosse Insel, bevölkert von keltischen Urbewohnern, von römischen und germanischen Einwanderern. In Frankreich ein grosses, reiches, zum Theile germanisch, überwiegend aber keltisch-römisch bevölkertes [1]), bereits hochkultivirtes und zivilisirtes Land, angesteckt von römischer Demoralisation [2]). In Deutschland unabsehbarer Wald und fast unvermischtes, ganz unverdorbenes germanisches Blut [3]).

Die staats- und rechtsgeschichtlichen Anfänge und Fortbildungen dieser Völker sind so bekannt, dass es für unseren Zweck genügen wird, die Hauptmomente, soweit sie für unser Thema unmittelbar interessant sind, hervorzuheben und von unserm Standpunkte aus zu beleuchten.

Alle germanischen Völker hatten von jeher eine Art von Monarchie, sei es, dass ein Stammeskönig nur seinen Stamm beherrschte, sei es, dass mehrere patriarchalisch beherrschte Stämme sich konföderirten und dann die gemeinsamen Interessen in einer Bundesversammlung berathen und entschieden wurden. Eine despotische, ja eine absolute

---

l. c. Tom. III. p. 162 f. — Mommsen, l. c. Thl. III. p. 225 f. 274 f. — Döllinger, l. c. p. 27. — Schon Diod. Sic. aber bemerkt von den Galliern: „*Multa Galli hyperbolice ad suae laudis amplificationem aliorumque contemtum jactant.*"

[1]) Laurent, l. c. Tom. V. p. 198 f. — Ueber Römisch, Roman, Romantisch s. Pott, A. F. in d. allgem. Monatschr. 1852. p. 938 f. 950 f. — Chr. Müller, *de la littérat. allemande.* — Vollgraff, polit. Syst. Thl. III. p. 144 f. — Meiners, hist. Vergleichung etc. Thl. I. p. 108.

[2]) Gibbon, Gesch. d. Verf. d. röm. R. — Meiners, l. c. Thl. I. p. 90 f. — Ammian. Salvian.

[3]) Wir können nicht umhin, hier zu bemerken, dass manche angebliche Nationallaster der Germanen nichts Anderes sind, als allgemeine Laster gewisser Kulturstufen, z. B. die Leidenschaft für das Spiel und für geistige Getränke. Vergl. Gützlaff, l. c. p. 37. — Gfrörer, Urgesch. Thl. I. 191 f. 242. — Nord. Biene, 1839. No. 251. — eod. 1840. No. 11. — Duncker, l. c. Thl. II. p. 520. f. 655. — Laurent, l. c. Tom. III. p. 163. Tom. V. p. 421 f. — Volney, l. c. p. 710. — Döllinger, l. c. p. 203 f. — Ranke, französ. Gesch. B. I, Einl. — Condorcet, l. c. 50. — Vollgraff, l. c. Thl. III. p. 104 f. 110 f. 126. 165 f. — Meiners, über die Völlerey u. die Gesetze der Esslust unter verschied. Völkern, im histor. Magazin Thl. IV u. V. — Derselbe, histor. Vergleichung etc. Thl. I. p. 27. 34 etc. — Geschichte der Nationalneigung zum Tranke. Leipz. 1782. — Klemm, allg. Kulturg. Thl. I. p. 257. II. 31. 113. 255. III. 24. 183. 237. IV. 307. 318. IX. 97. X. 32.

Digitized by Google

Gewalt bestand nicht [1]); die Elemente des Geblüts, der Religion und der Macht aber waren von grosser Bedeutung. Jedoch schloss das erstere eine gewisse Wahl nicht aus [2]), und war keineswegs in eine bestimmte organische Rechtsform gebracht; weder die nationale heidnische Religion, noch der Krieg hatten zu einer herrschenden Priesterschaft, zu einer Kastenbildung oder zu einer vollständigen Sklaverei [3]) geführt, und die Macht wirkte als Thatsache, als persönliche Eigenschaft, nicht als Recht. Wie bei allen noch wenig gebildeten Völkern aber, so war auch bei den Germanen der individuelle Freiheitstrieb stärker, als der gesellige, oder, vielleicht richtiger, das Bedürfniss des ersteren war grösser, als das des letzteren. Die Eroberungen im Umkreise der weiland römischen Weltherrschaft änderten Vieles. Fassen wir nun das fränkische Reich in's Auge, so sehen wir durch die Gewalt der Waffen ein ungeheueres Reich entstehen, römische und germanische Völker und Länder vereinigend. Zuerst herrscht das in das Reich der Fabel hinaufreichende Geschlecht der Merowinger. Die christliche Kirche weiht denjenigen, den Wahl und Geschlecht zusammen bestimmen [4]). Aber eben desshalb schon, und aus anderen Gründen ist eine strenge Legitimität unmöglich. Despotie Einzelner und Konföderation Gleichberechtigter streiten sich darum, einer nur durch die Gewalt, also nur mechanisch verbundenen Länder- und Völkermasse ihren Charakter aufzudrücken [5]); die Noth des Augenblicks, die Schwäche des Oberhaupts, die ungeheure

---

[1]) Nicht einmal in der Form der *patria potestas*, deren antike staatskönigliche Bedeutung und Strenge durch das germanische Königthum in Verbindung mit dem Christenthum bald hätte gebrochen werden müssen. *„Jure Langobardorum filii non sunt in patria potestate."* S. Laboulaye, *recherch.* p. 80 f.

[2]) Weder im Königthume noch im Prinzipat und Dukat. — S. Wippermann, die altoriental. Relig. Staat. p. 80. f. —

[3]) An einigen Ansätzen zur Sklaverei wie zur Kastenbildung hat es freilich nicht gefehlt. S. Wirth, deutsche Gesch. B. I. — Roth v. Schreckenstein, das Patriziat, p. 11. — Den Unterschied zwischen der deutschen Unfreiheit und Sklaverei des Alterthums erkennen an z. B. Mone, Zeitschr. f. d. Gesch. des Oberrheins B. VII. Heft 2. p. 130. — A. M. v. Hahn, die materielle Uebereinstimmung des röm. und german. Rechts, p. 425, not. 51. — Das Hauptwerk über die Sklaverei ist Wallon, *hist. de l'esclavage.* 3 Tom. Par. 1847.

[4]) Ueber das Verhältniss zwischen Kaiser und Pabst s. Moser, deutsch. ausw. St. R. p. 378 f. — Giesebrecht, deutsch. Gesch. Thl. II. p. 52 f. — Droysen, Gesch. der preuss. Pol. Thl. II. p. 30. 69. 72. 138. 140 f. — Gneist, l. c. p. 180. — Jacoby in der Zeitschr. f. d. gesammt. St. W. XIII. p. 144. — Zachariä, 40 B. Thl. V. p. 179 f. — Denis, l. c. Tom. II. p. 320. — Amman, Kirche u. Staat in ihrem wechsels. Verh. etc. — Jannssen, K., Kirche und Staat. — Hery, die Krönung der Kaiser durch die Päbste. — Bousset in der Revue d d. mondes. 1. Juillet 1856. p. 133. — Die ältere französ. Literatur bei v. Mohl, l. c. Thl. III. p. 181. — Die ältere deutsche Literatur bei F. Förster, l. c. und Schreiber, die religiös. und polit. Doktrinen unter Ludwig d. B. — Glück, *Praecognita.* p. 87 f.

[5]) Wie früher schon in den nichtdeutschen Völkern die Opposition gegen die römisch-deutsche Universalmonarchie entstand, s. b. F. Förster, l. c. p. 928 f. — Troplong, *du pouvoir de l'état* etc. pag. 19. 125. 158 f. — Zachariä, 40 B. Thl. I. p. 67.

Digitized by Google

Ausdehnung des Landes [1]), die Gegensätzlichkeit der Rassen und Stammnationalitäten, die Undisziplinirtheit der siegenden Völker, deren Anhänglichkeit an ihre Freiheit und ihre Stammesfürsten, und der privatrechtliche Gesichtspunkt, von welchem aus die Merowinger selbst ihre Stellung auffassten (Theilungen), Alles diess lässt im Merowinger-Reiche noch mehr eine orientalische Despotie, als einen Staat erkennen [2]). Aber der Stoff ist ein Anderer!

An die Stelle der Merowinger traten die Karolinger. Es ist klar, dass die Thronbesteigung Pipin's nicht wie eine Usurpation unter andern Verhältnissen beurtheilt werden kann [3]). Es fehlte der Staat und die in seinem Interesse geordnete Thronfolge. Das Massgebende war das Interesse der durch die Schwäche der spätern Merowinger von der Wucht der Eroberung sich wieder emanzipirt habenden blos konföderirten Grossen. Mit den Karolingern tritt das Wahlelement gegen das Geblütselement wieder stärker hervor, und während der grosse Geist Karl des Grossen eine für seine Zeit wunderbar angelegte und durchgeführte Organisation des fränkischen Weltreichs ersinnt, besteht doch deren ganzes Dasein nur in seiner kolossalen Person. Mit ihm, der für den Fall seines Todes selbst keinen andern Zustand als Konföderation zu denken vermag, zerfällt seine für damals zu ideale Schöpfung [4]). Deutschland wird unabhängig vom westfränkischen Reiche, und beide gehen nun, gesondert oder im Kriege mit einander, ihre eigenen Bahnen.

Frankreich, nach dem Verschwinden der Karolinger unter der Dynastie der Kapetinger, wird mit seiner zu einem sehr grossen Theile ungermanischen Bevölkerung bald ein entschiedenes Erbreich — (seit dem 13. Jahrhundert schon fällt jeder Schein der Wahl hinweg), und gelangt durch frühzeitige Unterdrückung der grossen Vasallen [5]) bald zu einem hohen Grade von Zentralisation und Macht, welcher unter Louis XIV.

---

[1]) Und zwar eines Landes, grösstentheils ohne Kultur, ohne äussere und innere Verbindungsmittel!

[2]) Laurent, l. c. Tom. V. p. 187. 209. — Thierry, Erzählungen aus der merowing. Zeit. Aus dem Französ. Elberfeld 1855. — Meiners, l. c. Thl. I. p. 118 f. 125 f. 138 f. 144.

[3]) Ueber die Antwort des Pabstes Zacharias auf die bekannte Anfrage Pipins s. Melle de Lézardière, *théor. des lois pol.* Tom. VIII. *Preuves* p. 245 f.

[4]) v. Mohl, l. c. Thl. III. p. 55 f. — Mein System, Thl. I. p. 411 f. — Auch in den glänzendsten Zeiten des deutschen Reichs war es stets nur die Persönlichkeit der Kaiser, nicht die eigene Kraft des Staatsorganismus, was das Ganze zusammenhielt. S. Giesebrecht, die deutsch. Kaiserz. Thl. II. p. 47. 59. f. 63. — Roth v. Schreckenstein, l. c. p. 94. 129 f. — Droysen, l. c. Thl. II. p. 69. — Mein System, Thl. II. p. 417.

[5]) Beaumanoir, XXXIV. 41: „*Cascuns barons est souverains en sa baronie. Voirs est que li rois est souverains par desor tous.*" — In Deutschland hiess es: „Jeder ist Kaiser in seinem Lande."

Digitized by Google

und Louis XV. in einen fast orientalischen Depotismus ausartet [1]). Die organische Entwicklung der Stände [2]), das organische Auf- und Ableben der mittelalterlichen politischen Elemente war gewaltsam abgeschnitten [3]), — Volk und Dynastie arteten aus; der Gemeinsinn, des Staates inneres Leben, fehlte beiden, und nur die Gewalt schützte das Recht eines Geblüts, welches bloss an sich selbst zu denken schien. Wie in den orientalischen Despotien, so war auch in Frankreich eine Stadt [4]), in der sich aller Glanz und alles Elend konzentrirte. Vergebens war Louis XVI. der beste der Bourbons, vergebens suchte er, an die Stelle der Gewalt das Recht, an die Stelle des *„l'état c'est moi"* sich nun als das gesetzliche Haupt des Staats zu setzen. — Die für die damalige Zeit gleichfalls als Krankheit erscheinende politische Unreife des Volks, die pestartige Demoralisation von Paris zeitigte die Saat des unnatürlichsten Despotismus zur fürchterlichsten Frucht [5]), zum Königsmord. Der orientalische Depotismus, die antike Tyrannis fand noch ein unschuldiges Opfer mitten im Christenthum und der germanischen Kulturwelt.

England [6]), weit überwiegend germanisch bevölkert, beginnt seine politische Entwicklung mit vielen kleinen Königreichen, die sich endlich zu einem Ganzen vereinen. Nach Aussterben des angelsächsischen Königsgeschlechts fällt es durch Eroberung an den

---

1) *„Un pouvoir sans controle dégénère toujours en oppression."* Laurent, l. c. p. 335. 554. — Thierry, *tiers état.* p. 166. — Meiners, l. c. Thl. I. p. 225 f. 276 f. 346 f.

2) Laboulaye, l. c. 301. — Ganilh, *de la Contrerévolution en France.*

3) Eine treffliche Durchführung des Gedankens, dass die monarchischen und zentralisirenden Ideen in den romanischen Theilen der fränkischen Monarchie leichter und vollständiger durchgeführt wurden, als in den austrasischen, findet sich in Waitz, deutsche Verf. Gesch. — Sidon. Apoll. V. 7.

4) Die Eroberungen der altorientalischen Völker waren stets zunächst auf Unterwerfung der ungeheuern Hauptstädte gerichtet, und mit diesen auch in der Regel vollendet. Die Despotie aber gefällt sich in kolossalen Unternehmungen, die usurpatorische besonders desshalb, weil sie fühlt, dem Volke für seine Sklaverei etwas Grosses bieten oder ihre Neuheit gleichsam durch eine Neugestaltung, durch ein grosses Geschenk rechtfertigen zu müssen. Die Zerstörung der alten Monumente eines Volks ist aber nicht blos eine Vernichtung dieser, sondern zugleich ein Attentat auf die geschichtliche Erinnerung, ein politischer Staatsstreich. — Polybius (V, 11. 5.) ist der erste, welcher als Zweck des Siegs nicht die Zerstörung, sondern die Aufhebung des Unrechts erklärt. — Eine vergleichsweise grössere Milde des Kriegsrechts findet sich übrigens schon bei Xenophon. S. Laurent, l. c. Thl. II. p. 485 f.

5) Ueber die frühe Vernichtung des Feudalwesens in Frankreich s. Droysen, l. c. Thl. I. p. 142. Thl. II. p. 33. — Tocqueville, l. c. Thl. I. p. 30 f. 238. — Nach der Ansicht Einiger wurde aber der Feudalismus zuerst in Spanien vernichtet und war namentlich, was in Frankreich von Louis XIV. geschah, eine Imitation der betreffenden Vorgänge in Spanien. Vergl. Beilage zur allg. Ztg. vom 9. Aug. 1856.

6) Heising, England und die angelsächs. Staatenbildung. — Kohl, Land und Leute der britt. Inseln. — Gneist, l. c. — Phillips, angelsächs. u. engl. Rechtsgesch.

Digitized by Google

Normannenfürsten Wilhelm den Eroberer, welcher daselbst das im Frankenreiche längst vollständig ausgebildete Lehnwesen künstlich einführt. Aber alle Umstände hindern in England den Entwicklungsgang, welchen diese Grundinstitution des Mittelalters in Frankreich genommen hat. Das Volk bleibt frei und angelsächsisch; nur sehr allmählig und unter den schwersten Kämpfen gelingt die Unterjochung Irlands und Schottland's, die Grossen bleiben, in steter lebendiger wenn auch oft stürmischer Verbindung mit der Krone und dem Volke zugleich, mächtig; das Meer hält die Bevölkerung geschützt, kräftig, kühn und stark, der Handel kühlt die Geister ab und eröffnet ihnen doch ungeheure praktische Fernsichten; das schnelle Aussterben der Dynastien veranlasst deren öfteren Wechsel [1]), dessen Bedeutung noch durch die vielen Thronstreitigkeiten, namentlich in der Dynastie Anjou und Plantaganet, sowie durch den Umstand gehoben wird, dass diese Dynastien alle mehr oder minder von fremdem Geblüte und durch den überwiegenden Einfluss der einen oder der andern von den beiden grossen politischen Parteien Englands zum Throne gelangt waren [2]). Das englische Volk erkannte bald das Stätige und die Hauptkraft seines staatlichen Wesens mehr in sich selbst, in seinen freien Korporationen und Gemeinden, in seiner ächt nationalen in allem Grossem vorleuchtenden Aristokratie, und das Königthum musste um so mehr an Bedeutung verlieren, als, nachdem die englische Nationalität sich unter den Tudors von aller Abhängigkeit von Rom losgemacht hatte, die Stuarts dieser Trennung, die zur höchsten Nationalsache geworden war, entgegentraten [3]).

Während demnach die Legitimität in Frankreich sich blos auf Gewalt und Geblüt gründete [4]) und dazu am Ende noch das Prinzip der unmittelbaren göttlichen Einsetzung

---

[1]) Die angelsächsischen Könige herrschten nach Vereinigung der sieben Königreiche (827), unterbrochen durch die dänischen von 1013—1042, bis 1066. Die normännischen Könige regierten von 1066—1135. Das Haus Anjou (Plantagenet) bestand von 1154—1485, das der Tudors von 1485—1603 Die Stuarts besassen den englischen Thron von 1603—1688, unterbrochen durch die Republik von 1649—1660. Auf sie folgte Wilhelm von Oranien von 1688—1702, und Anna, noch aus dem Hause Stuart, bis 1714, seit welcher Zeit erst die Braunschweig-Hannover'sche Dynastie die englische Krone trägt.

[2]) Gneist, l. c. p. 249. 659 f. — Meiners, l. c. Thl. I. p. 305. 313.

[3]) Da im M. A. die Legitimität unmöglich schon auf durch und durch juristisch-organisch ausgebildeten Staatsverfassungszuständen beruhen konnte, so blieben für sie als Basen nur die Grundlagen des Alterthums — Geblüt, Macht und Religion. Alle drei waren aber bei den Stuarts, im Verhältniss zur englischen Nation betrachtet, entweder zu schwach oder gar in directem Gegensatze zu der englischen Nation. Die Höhe des englischen Nationalgefühls leuchtet schon in den Werken Shakespeare's überall hindurch. Wir verweisen z. B. auf einige Stellen in dessen Heinrich IV, 2ter Theil, und zitiren der Bequemlichkeit halber die deutsche Uebersetzung von Schlegel und Tieck (Berlin, Reimer 1839) Thl. II. p. 28. 122 f. 168. 192 f. 286.

[4]) Gagern, Resultate Thl. I. p. 122 hebt hervor, dass die bezeichnendsten fast sprichwörtlichen Ausdrücke für den Absolutismus aus Frankreich stammen.

Digitized by Google

urgirte, war dieselbe in England ohne grosse eigene Macht [1]) und kam theils durch das oft wechselnde und zum Theil fremde Geblüt sowie durch Lostrennung von der national gewordenen Religion mit den höchsten Ideen und Interessen der Nation in unheilbaren Widerspruch. Zeitdauer, Macht und der religiöse Glaube des Volks fehlte ihr, während die englische Aristokratie diess Alles im reichsten Masse und in einer zweckmässigen Form besass. So fand auch in England die Legitimität einen edlen königlichen Martyrer. Aber dem praktischen Engländer war selbst die kurze Dauer der Republik nur ein Schein. Kromwell war in der That ein nationaler Despot, und die Unfähigkeit seines Sohns führte wieder zur monarchischen Form [2]). Ja man versuchte es nochmals mit einem Stuart, und erst als auch dieser seine Stellung nicht erkannte [3]), sah man nach einem Fremden. Die monarchische Form schien so unentbehrlich, dass man trotz des Prinzips der Volks- oder Parlamentssouveränetät, ja vielleicht eben deswegen [4]) und trotz der aristokratischen Organisation der eigentlichen Staatsgewalt, der einheitlichen Spitze nicht entsagen konnte [5]).

Ganz anders gestaltete sich die Sache in Deutschland. Die grossartige Anlage des deutschen Reichs, sein Verhältniss zu Italien und seine weitgestreckten von Natur aus schutzlosen Grenzen, die fast durchweg germanische Bevölkerung, die ungehinderte Aus-

---

[1]) Gneist, l. c. § 47. 168. — Ueber despotische Anflüge s. Meiners, l. c. Thl. I. p. 364 f.

[2]) England ist auch heutzutage noch, wenn man es mehr nach seinem inneren Wesen als nach seinem äusseren Auftreten beurtheilt, eine Konföderation freier und selbstständiger, durch eine zahlreiche und mächtige Aristokratie verbundener und vertretener Korporationen und Gemeinden, deren oberste Spitze der Monarch, d. h. ein beschränkter oberster Magistrat ist. In so ferne sowie durch seine Staatskirche ist England mit der antiken Aristokratie verwandt und den Gesellschaftsformen des M. A. treu geblieben. Möglich wurde diess theils durch Englands maritime Lage, theils durch seine höchst verschiedenen Verhältnisse zu den Nebenländern, die es bald despotisch beherrscht, bald durch verschiedene Schutzverhältnisse mit sich verbindet. Die Umstände aber gebieten und ermöglichen im Vereine mit der sonstigen geschichtlichen Entwicklung Englands eine innere Einheit des Mutterlandes trotz einer gewissen Unbestimmtheit der Staatsform, wie sie unter anderen Voraussetzungen auch die bestimmteste Ausprägung des Einheitsstaats an und für sich allein kaum vollständiger erzeugen könnte.

[3]) Guizot, *pourquoi etc.* p. 75.

[4]) Gneist, l. c. p. 668 f. — Da die freien Corporationen die eigentliche Grundlage der englischen Verfassung sind, so tritt auch in ihr das eigentliche Prinzip aller Aristokratien, die Konföderation, durch das Königthum einheitlich in der Spitze, deutlich an den Tag.

[5]) Und obgleich die Stuarts schon 1688 des englischen Thrones entsetzt waren, so hielt sich doch der vorige König von England selbst erst in dem Momente für legitim, in welchem er den Tod des letzten der Stuarts erfuhr. Bekannter sind die Aeusserungen Napoleons I.: *„si j'étais Bourbon; — si j'étais né sur le trône; — si j'étais mon petit-fils."*

Digitized by Google

bildung des Lehnwesens[1]), die baldige definitive Entwicklung des Wahlreiches[2]) — diess Alles und noch vieles Andere führte zu einem Widerspruche zwischem dem rein nur auf der kaiserlichen Persönlichkeit beruhenden Einheitsreiche *de jure* und der Staatenvielheit[3]), wie dieselbe *de facto* allmählig aus den grösseren Territorien hervorging[4]), welcher, da er nicht zu Gunsten des Reichs gelöst werden konnte[5]), also zu Gunsten der Landeshoheit gelöst werden musste, weil der Staat eine Natur- und Vernunftnothwendigkeit ist.

Der Schwerpunkt der Legitimität in Deutschland ist demnach in den landesherrlichen Familien zu suchen und hier zeigt sich eine Erscheinung, welche sowohl dem französischen als auch dem englischen Rechte fremd ist. Die deutsche Landeshoheit fusst wesentlich auf den vom Kaiser, nicht vom Volke übertragenen und durch das Lehnsverhältniss sammt den allodialen und feudalen Besitzungen der Dynastie erblichen Regalien. Die Grundlage dieser Regalien selbst aber war die Rechtspflege und die Erhaltung des angestammten Rechts[6]). Damit stimmte auch die ganze Einrichtung der

---

[1]) Die Idee, dass der Lehnstaat unter gewissen Voraussetzungen ein nothwendiges Entwicklungsstadium sei (Condorcet, l. c. p. 47), findet in neuerer Zeit immer mehr Anerkennung, je entschiedener sich die Ueberzeugung ausspricht, dass für unsere Zeit feudale Tendenzen anachronistisch sind. S. Zachariä, 40 B. Thl. III. p. 126. — Roth von Schreckenstein, l. c. p. 213. Vergl. auch Dupont-White, l. c. p. 23. 183. n. 2. — Die Schriften von Roth und Waitz.

[2]) Jacoby in der Zeitschr. für gesch. R. W. XIII. p. 143. n. 2. — Mein System, Thl. I. p. 417 f.

[3]) Giesebrecht, Gesch. der d. Kaiserz. Thl. I. p. 160 f. 173 f. 203. 250 f. 266. 453. — Vergl. auch Waitz, zur deutsch. Verf. Gesch. in der Zeitschr. für Geschichtswiss. Bd. III. p. 6 f. — v. Sybel, Entstehung d. deutsch. Königth. und Derselbe, German. Geschlechtsverf. in d. Zeitschr. für Geschichtswiss. l. c. p. 293 f.

[4]) Mein System, Thl. II. p. 115 f.

[5]) *De imperat. potest. in urbe Roma libell.* Pertz, M. G. Tom. III. p. 719 f. S. ferner eod. Tom. IV. p. 337 f. 381 f.

[6]) Alle öffentlichen Versammlungen haben mehr oder minder die Feststellung, Erhaltung und Pflege des Rechts zum Hauptgegenstande. Ueber die französischen Parlamente s. Tocqueville, das alte Staatswesen etc. p. 124. — Thierry, *tiers état.* — Troplong, *du pouvoir de l'état sur l'enseignement.* p. 106. 167. — v. Mohl, l. c. Thl. III. p. 103 f. — Kaiser, französ. Verf. Gesch. p. 30 f. — De Chambrun, *le régime parlement. en France.* — Duvergier de Hauranne, *hist. du gouvernem. parlem. en France.* — Bastard-Estang, *Les Parlements en France.* — In England hat wenigstens das Oberhaus heutzutage noch den Charakter eines Gerichts, s. Montalembert, l. c. p. 97 f. 223. — Jeder Schritt aber, den die Deutschen in der höheren Gestaltung des Geselligkeitstriebes vorwärts machten, bezeichneten sie damit, dass sie, obgleich dem Gesetze der politischen Gestaltung sich hingebend, das Verhältniss der individuellen Berechtigung in derselben ausdrücklich normirten, und, die öffentliche Gewalt vorzüglich und vor Allem als zu deren Schutz berufen erkennend, jedem Eingriffe

Digitized by Google

Territorien, indem durch Autonomie und Pairsgericht despotische Willkür ausgeschlossen war [1]). Im Anfange erscheinen diese Territorien gleichfalls nur als konföderirte Massen, welche der Landesherr mehr durch das Mass als die Art seiner Rechte überragte, und Ländertheilungen, Verträge etc. geben für diesen privat- oder völkerrechtlichen Charakter des Zustands Zeugniss [2]). Als aber immer mehr die Nothwendigkeit sich geltend machte, den engen zunächst auf die Familie, dann auf die Gemeinde oder Standesgenossenschaft, ferner auf einen Landestheil beschränkten Gemeinsinn weiter auszudehnen, da sehen wir, wie die Dynastien ihr Besitz- und Successionsrecht durch Dispositionsbeschränkungen und besondere Successionsordnungen in politischem Sinne umgestalten und sie sammt ihren Landständen immer mehr von dem Geist des öffentlichen oder staatlichen Gemeinwesens ergriffen werden [3]). Mögen die Landstände des M. A. wieder untergehen, weil sie dem Schritte der Zeit nicht zu folgen vermochten, mag selbst eine Periode absoluter und den Absolutismus nachahmender Landesherrlichkeit in dem ewigen Kriegsdrang einer weder zum höhern politischen noch zum wahren nationalen Einheitsgedanken gereiften Zeit folgen — das deutsche Volk war durch eine politische Entwicklung von innen, von kleineren Kreisen heraus fortgeschritten, ohne zu einer unnatürlichen Zentralisation, zum Despotismus und zur Entartung gekommen zu sein [4]). In Kampf und Arbeit [5]) hatte es sich seine menschliche Würde

---

derselben mit allen Mitteln entgegen zu treten sich befugt erachteten. Daher kamen denn sogar Mittel vor, welche die Erhaltung dieses öffentlichen Zustandes selbst gefährdeten, ebendesshalb aber auch allmählig überwunden wurden.

[1]) Vergl. für die ältere Zeit Waitz, deutsche Verf. Gesch. Thl. II. p. 584 f. 590. 614.

[2]) Man gedenke nur der zahllosen Föderationen des deutschen M. A., der Geschlechter, Zünfte, Städte, Ritter, Prälaten, der Landstände, der Entwicklung des Steuerwesens u. s. w. S. Lerchenfeld, die bayer. landständ. Freiheit. etc. p. CCXVII. CCLIV. CCLIX. u. s. f. — Waitz, Jürgen Wullenwever, bes. Thl. I. p. 16. 21. Thl. II. p. 141. 230. — Roth v. Schreckenstein, das Patriziat. — Hüllmann, Gesch. d. Ursprungs der Stände in Deutschland etc.

[3]) S. z. B. Lerchenfeld, l. c. p. CLXX f. CLXXXIX. CCI. — Mein System Thl. II. p. 388 f. — Carnap, über den Ursprung der Steuern in den Herzogth. Jülich etc. (Zeitschr. f. d. ges. St. W. XIV. p. 348 f.) — Hegel, Gesch. der mecklenb. Landst. — Mülverstedt, die ältere Verf. der Landst. in der Mark Brandenb. — Waitz, l. c. Thl. II. p. 335 f. 346 u. s. w.

[4]) Es ist eine Folge der Beschränktheit des menschlichen Wesens, dass der Mensch nur von engeren Kreisen aus organisch in weitere einzutreten vermag. Vergl. Laurent, l. c. Tom. II. p. 45.

[5]) W. v. Humboldt, Ideen. p. 21. 25. — Fichte, Rechtsl. II. p. 31. — Mundt, Gesch. d. Ges. p. 226. — Volney, l. c. p. 304. — Duncker, l. c. Thl. II. p. 389 f. — Döllinger, l. c. p. 366 f. 671. — Schon nach dem Zendavesta ist Arbeit das beste Mittel gegen die Macht Ahriman's. Laurent, l. c. Tom. I. p. 132: *„l'homme n'est pas fait pour le repos, mais pour l'action; c'est par le combat, par la souffrance qu'il s'approche de l'accomplissement de sa destinée.“*

Digitized by Google

bewahrt, politischen Gehorsam gelernt, und, mit sehr wenigen Ausnahmen, die innige Verbindung mit seinen altangestammten Dynastien bewahrt. Des Fürsten Recht galt nicht minder als das des Volks und die Treue überdauerte jeden Sturm, siegend über die Leidenschaft wie über die kalte Berechnung. Nicht die Gewalt, nicht der Nutzen, sondern die Gerechtigkeit [1]) — nicht der Gegensatz, sondern die Harmonie — nicht ein einseitiges Ueberschlagen, sondern das Mass — nicht die Vergeltung des Unrechts mit Unrecht, sondern Nachgiebigkeit oder die Ausdauer im Recht — das sind die Grundzüge, welche im Wesentlichen das Verhältniss der deutschen Völker zu ihren Landesherrn bezeichnen und geadelt sind durch die Treue, Wärme und Tiefe des Gemüths [2]).

Aber erst durch das Wegfallen des Reichs wurden die nicht mediatisirten deutschen Länder zu Staaten *de jure*. Also kann auch eigentlich erst seit diesem Momente von einem staatsrechtlichen Legitimitätsbegriffe in Deutschland die Rede sein [3]).

Die deutschen Fürsten haben es feierlich und ausdrücklich anerkannt, dass Deutschland nur mit Hülfe seiner Völker gerettet und von dem fremden Despoten frei geworden [4]). Aber die deutschen Völker müssen auch erkennen, dass sie nur im innigsten Vereine mit ihren Fürsten und angeführt von diesen Deutschland und damit nicht etwa nur die regierenden Dynastien, sondern sich selbst gerettet und ihre Dynastien für sich selbst zu erhalten geholfen haben (denken wir uns nur einen Augenblick die Empfindungen des deutschen Volks, wenn statt des gegenwärtigen Staatenbunds ein Einheitsstaat mit Departements und Präfecturen da wäre), dass aber auch jedenfalls nicht sie es waren, die eine zu irgend welcher Zeit etwa früher ihnen zugestanden habende Souveränetät ihren Fürsten übertragen hätten. Die regierenden Familien sind der feste Kern, das Prinzip, an welche sich, trotz vieler Unterbrechungen im Anfange und trotz dem Reiche, die politische Gestaltung Deutschlands vom Anfange angeschlossen hat. Ihre Souveränwerdung ist nur die organische Frucht dieser Gesammtentwicklung. Der deutsche Legitimitätsbegriff schliesst daher die Volkssouveränetät und alle ihre Konsequenzen ebenso aus wie die unmittelbar göttliche Uebertragung und ein willkürliches, schrankenloses Walten der Macht. Der Staatsbegriff und die logische Konsequenz desselben aber schliesst jede persönliche Verantwortlichkeit des Souveräns aus, und die Treue, das Gemüth des

---

[1]) „*Pour se soustraire à la force on a été obligé de se soumettre à la justice. La justice ou la force, il a fallu opter entre ces deux maîtres* . . . .“ Vauvenargues, *Maximes*. — S. auch Schmidt-Phiseldek, das Menschengeschl. auf seinem gegenw. Standp. p. 10 f.

[2]) Matter, *de l'état moral, politique et littéraire de l'Allemagne.*

[3]) Ueber die Abdikation Franz II. s. Mein System, Thl. II. p. 36. not. 2. — Vgl. auch Arndt. Geist der Zeit, Thl. I. — Kaltenborn, die deutsch. Einheitsbestr. Thl. I. p. 3. 152 f. 224.

[4]) Die Proklamation von Kalisch. Klüber, Acten des Wien. Congr. Thl. I. Hft. 1. p. 89. — Derselbe, Wichtige Urkunden etc. p. 8. — Mein System Thl. II. p. 4.

Digitized by Google

deutschen Charakters [1]) in Verbindung mit dem Glauben an die göttliche Vorsehung, das uralte ununterbrochene Band der Völker mit ihren Dynastien, in Verbindung mit dem mannhaften Rechtssinne der Nation, schützt dieselben gegen verzweifelte Mittel.

III.

KRITIK UND RESULTATE.

Untersuchen wir nunmehr die sub I angeführten Hauptmeinungen über den Legitimitätsbegriff, so ergibt sich bei denselben nicht selten ein unheimliches Schwanken, oder eine bedenkliche Unbestimmtheit, oder endlich ein entschiedenes Anlehnen derselben entweder an die antiken Staatselemente, oder an das moderne Prinzip der Volkssouveränetät. Am richtigsten und zugleich schärfsten ist die Sache von den im Eingange sub No. 3 und 12 angeführten Autoritäten aufgefasst. Allein im Verhältniss zur Wichtigkeit der Frage lassen auch ihre Theorien sowohl bezüglich der Schärfe, als auch bezüglich der Vollständigkeit noch Einiges zu wünschen übrig.

Vor Allem scheint es uns nothwendig, den Legitimitätsbegriff seinem Gegenstande nach eng zu begränzen.

Der Gegensatz eines politischen also unjuristischen Legitimitätsbegriffs zu einem staatsrechtlichen muss zuerst verworfen werden. Im ersteren Sinne nemlich könnte Legitimität nur gleichbedeutend sein mit dem was nützlich, zweckmässig ist. Abgesehen von der Gefahr, welche durch eine Verwechslung der *lex lata* mit der *lex ferenda* ein-

---

[1]) Der freilich auch seine Schwächen hat (s. H. v. Gagern, das Leben des Generals Fr. v. Gagern), aber doch die Deutschen vor der Demoralisation anderer Völker bewahrt und nicht gehindert hat, namentlich in neuerer Zeit auch viele praktische Fortschritte zu machen. Je mehr aber die Völker in intellektueller und moralischer Beziehung fortschreiten, desto mehr thut ihnen der Halt an echten sittlichen Ideen noth. Der grösste Uebelstand unserer Zeit ist nicht der Mangel an sittlichen Ideen oder materieller Regsamkeit, sondern der Mangel des richtigen Verhältnisses zwischen beiden und dieser Uebelstand ist in Deutschland am geringsten. Aber damit er sich, statt immer grösser zu werden, bessere, müssen die sittlichen Ideen, welche, wenn auch da und dort belächelt, den Stolz und die Kraft der deutschen Nation machen, sorgfältig genährt werden. Diess ist die Aufgabe jeder wahren deutschen Intelligenz, die in der Familie und Gemeinde die Haupthebel zu deren Lösung erkennen muss. — Barrau, *Du rôle de la famille dans l'education.* — Vauvenargues, *Maximes:* „*L'esprit est l'oeil de l'âme, non sa force. La force est dans le coeur ...*"

Digitized by Google

treten könnte, so ist aber in allen staatlichen Dingen auch nichts zweckmässiger[1]), al vom Rechte auszugehen und selbst bei der *lex ferenda* den Weg Rechtens nicht zu verlassen[2]). Obgleich Manches nur scheinbar geschichtlich gegen diese Auffassung spricht, so wollen wir doch die Möglichkeit einzelner Ausnahmen nicht absolut absprechen; aber die Ausnahme bestätigt die Regel, und der gute Erfolg ist wohl eine Rechtfertigung der Hand der Vorsehung, nicht aber Desjenigen, welcher das Recht gebrochen hat[3]).

Jordan unterscheidet drei Arten der Legitimität, Legitimität des Erwerbs der Herrschaft, der Nachfolge und der Ausübung der Staatsgewalt; Zachariä, H. A., zieht, abgesehen von dem allgemeinen Begriffe der Gesetzmässigkeit, die Legitimität im richtigen Sinne theils privatrechtlich, im Verhältniss zum frühern Herrscher, theils staatsrechtlich im Verhältnisse zum Staate selbst, theils völkerrechtlich im Verhältnisse zu andern Staaten in Betracht. Zöpfl macht dieselben drei Unterscheidungen.

Die Legitimität hat nun ohne Zweifel eine völkerrechtliche Bedeutung und zwar besonders deshalb[4]), weil sie, ob falsch oder richtig verstanden, ein Fundamentalstaats-

---

[1]) Alex. Sever.: „*Licet lex imperii solemnibus juris imperatorem solvit (L. 31 D. de legg.), nil tam proprium imperii est quam legibus vivere.*“ Caillet, l. c. p. 16 f. — Mein System, Thl. I. p. 11. not. 2.

[2]) Ein Satz, der von den Handlungen der Regierungen begreiflich nicht minder gilt, als von denen der Unterthanen. Man mag über die politische Reife der deutschen Völker, über die Bedeutung des Konstitutionalismus für dieselben eine Meinung haben, welche man wolle; sie haben ihre Ergebenheit für ihre Dynastien eben so glänzend bewiesen, wie ihren ausserordentlich feinen und empfindlichen Rechtssinn. — Vergl. Cicero, *pr. Caecin.* c. 26. — Sophocl. *Philoct.* v. 1246.

[3]) „*Les actions des peuples comme celles des individus doivent être jugées du point de vue humain, les desseins de Dieu ne peuvent ni les condamner, ni les absoudre.*“ Laurent, l. c. Tom. I. p. 339. 343. — Mein System, Thl. II. p. 595. not. 1.

[4]) Die Legitimität kann als völkerrechtlicher Begriff auch in so ferne in Betracht kommen, als die Frage nach der Rechtmässigkeit eines Krieges, einer Eroberung etc. aufgeworfen ist. Auch in dieser Beziehung ist es erst die neuere Zeit, welche ein Recht der Staaten gegeneinander als Prinzip aufgestellt hat, da in der ganzen alten Welt jedes Volk gegen alle andere nur das Prinzip der Obermacht anerkannte. Wie unvollkommen nun auch unser völkerrechtliches Vertragsrecht ist und bei der Souveränetät der Kontrahenten sein muss, so ist es doch ein unendlicher Fortschritt gegen das Gewaltsprinzip der alten Welt, ein heiliges Palladium unserer Zivilisation, dessen Bruch unsere ganze Existenz gefährden, die sittlichen Grundideen unserer Zeit auf den Kopf stellen müsste und desshalb auch kein einseitiger Nothstand zu rechtfertigen vermag (Allgem. Zeitung, Hauptbl. v. 17. Febr. 1859). Daher ist aber auch die Revolution, selbst die scheinbar beruhigte, ein Feind, die Legitimität ein Freund der völkerrechtlichen Verträge, und es ist sehr merkwürdig, in der Geschichte den Beweis zu sehen, wie die legitime Geblütsmonarchie nur in voller freier Souveränetät neben und mit andern ihres Gleichen gedeiht, während sie von der erniedrigenden Obermacht einmal berührt, z. B. in den s. g. Klientelstaaten, Satrapien, eine Unmöglichkeit wird. Vergl. Döllinger, l. c. p. 765. —

Digitized by Google

prinzip ist. Die Geschichte beweist aber, dass ein friedliches freies Staatensystem zwischen solchen Staaten unmöglich ist, deren Verfassungen auf wesentlich entgegengesetzten Prinzipien beruhen [1]). In soferne ist es also im Interesse der Staaten, die in einem solchen Systeme sich befinden müssen, einen Bruch ihres Legimitätsprinzips in einem derselben nicht, wenigstens nicht als legitim, anzuerkennen. Dies ist aber nicht *juris*, sondern *facti*. Ganz falsch wäre es jedoch, behaupten zn wollen, dass durch eine solche Anerkennung ein Regiment, welches wirklich illegitim ist, in irgend einer Weise legitimirt werden könne, denn die Legitimität einer Handlung, welche gegen das Recht ist, kann nicht nur von der Anerkennung Derjenigen abgeleitet werden, deren Recht entweder gar nicht, oder doch nicht allein verletzt worden ist.

Die Beziehung des Legitimitätsbegriffs auf den früheren Herrscher und seine Famlie aber kann von dessen Beziehung auf den fraglichen Staat nicht getrennt werden. Nicht, als wenn durch eine Usurpation keine Privatrechte des entthronten Hauses verletzt werden könnten, sondern weil dies Nebensache und eine Usurpation auch ohne rein privatrechtliche Verletzungen denkbar ist [2]). Die Usurpation an und für sich allein ist

---

Duncker, l. c. Thl. II. p. 648. — Belege aus unserer Zeit liegen nahe genug. Ohne auf diesen wichtigen Gegenstand hier näher eingehen zu können, heben wir nur noch hervor, dass jedenfalls heutzutage das freie Vertragprinzip die auch im germanischen M. A. noch geltende Weltherrschaftsidee wenigstens in so weit überwunden hat, als dieselbe nicht mehr offen aufzutreten wagen kann. — Ueber das Prinzip des europäischen Gleichgewichts und dessen Verhältniss zur Legitimität s. Vollgraff, polit. Syst. Thl. IV. p. 141 f. 147.

[1]) Der erste Versuch einer Art von Staatensystem ist durch die griechischen Völker gemacht worden. Ihre Kämpfe unter einander gehen aber fast alle nur darauf, dass eine Verfassungsform allein herrschend werde, und jede Hegemonie führt zur Unterdrückung der der Verfassung des hegemonischen Staats entgegenstehenden Verfassungselemente. S. Vollgraff, erst. Vers. Thl. III. p. 255. not. a. — Lerminier, l. c. Tom. I. p. 228. — Die Gründe dieser Erscheinung liegen zu tief, als dass wir sie hier ausführen könnten. Aber der deutsche Bund, auch eine engere Art von Staatensystem, und das s. g. europäische Staatensystem dienen als ein unverkennbarer Beleg für den Satz, dass die Freundschaft von sich nahe berührenden Staaten dauernd nur auf einer prinzipiellen Verwandtschaft ihrer öffentlichen Rechtszustände beruhen, dass nur zwischen materiell freien und gesetzmässigen Staaten ein wahrer innerer Friede sein könne, der despotische Staat aber auch heutzutage noch die ihn zunächst berührenden freien Staaten mit Krieg bedrohen müsse. Nur das geringschätzende Ignoriren geht heutzutage nicht mehr.

[2]) Diess freilich dann nicht, wenn man mit dem Begriffe der staatlichen Beherrschung die verschiedenen unklaren Vorstellungen des s. g. Patrimonialstaates, des Staatsobereigenthums, der privatrechtlichen Zuständigkeit des rein politischen Herrscherrechts u. dgl. m. verbindet. S. Mein System Thl. II. § 294 f. 306 f. — Allein diese Vorstellungen sind Erinnerungen an frühere unvollkommene öffentliche Zustände und gehen, wenn auch, nach dem oberflächlichen Schein zu urtheilen, einer gewissen zeitwidrigen Richtung günstig, daher auch immer noch nicht ganz aufgegeben, doch nicht minder gegen die wahre Natur des Staats, wie die verschiedenen Vorstellungen von der Volkssouveränetät. Wie jene

Digitized by Google

rechtlich keine Vernichtung des Rechts des früheren Herrschers und seiner Dynastie, sondern nur eine Suspension.

Die von Jordan gemachte Unterscheidung hat gleichfalls geringen Werth, da, wenigstens in der Geblütsmonarchie, die blose Nachfolge, auch die gemäss dem vom Usurpator gegebenen Gesetze, nicht zur Legitimität führen kann, und die Ausübung der Staatsgewalt ohne deren legitimer Innehabung ebensowenig legitim, wie deren Gesetzwidrigkeit bei legitimem Besitz illegitim sein kann.

Eine Legitimität nur auf den Grundlagen, wie die alte Welt sie hatte, ist aber h. z. T. unmöglich. Die Macht ist nur Mittel zum Staatszwecke [1]), das Christenthum weiss nichts von einer unmittelbaren göttlichen Uebertragung der Staatsgewalt. Die Geblütsfolge endlich kann nicht mehr die antike Bedeutung haben, weil der antike Gegensatz herrschender und beherrschter Rassen, und was darauf ruhte, weggefallen ist, und weil sie nicht nur von der Geschichte ohne Schuld d. h. ohne offensive Gewalt der Völker unterbrochen wird, so dass die neueingesetzte Dynastie sofort legitim werden kann, sondern auch schon mit deren Schuld d. h. durch Revolutionen abgeschnitten wurde, die neue Dynastie aber allmählig unzweifelhaft zur Legitimität gelangte [2]), so dass weder der Moment der Dauer noch der des Bluts mehr wesentlich zum Begriffe der Legitimität erscheint [3]).

Die Legitimität aber auf der Grundlage der Volkssouveränetät ist logisch und juristisch in einer wahren Monarchie gleich unmöglich. Ist ein Volk durch ein über

---

die humane gesetzliche Freiheit, so macht diese die humane gesetzliche Beherrschung unmöglich, und nur Beides zusammen in fortgesetzter friedlicher Reibung und Ausgleichung charakterisirt den humanen modernen Staat.

[1]) „*Le progrès a pour premier effet de soustraire l'homme à l'empire de l'homme.*" Dupont-White, l. c. p. 34 f. „*Le progrès politique présente trois phases: l'empire de la loi, l'équité de la loi, l'origine collective de la loi.*" Eod. p. 48. 186. — Unsere Ansicht vom Wesen des Fortschritts ist, dass er jede wahre, materielle, intellektuelle und moralische Steigerung, Veredlung und grössere Verbreitung des menschlichen Daseins sei.

[2]) Unter welchen Voraussetzungen? s. weiter unten.

[3]) Zum vollen und allgemeinen Bewusstsein konnte der moderne Legitimitätsbegriff allerdings erst von dem Momente an gelangen, in welchem es sich um die französische Revolution und um die Restauration der alten Bourbonen in Frankreich handelte, da die grosse englische Bevolution, ohnehin ohne jede Konsequenz für andere Völker, noch in eine Zeit fällt, in welcher sich der Gegensatz der modernen Staatsidee zur der des Alterthums und des M. A. noch keineswegs abgeklärt hatte. Daraus erklärt es sich auch, warum der Wiener Kongress 1814 für den Legitimitätsbegriff unserer Zeit ein kritischer Moment werden musste, ohne dass desshalb Talleyrand oder sonst Jemand denselben damals schon vollkommen und massgebend zu bestimmen im Stande gewesen wäre. Vergl. Tocqueville, *la Démocrat.* Tom. I. p. 127 f.

Digitized by Google

seinem Willen stehendes Gesetz, d. h. nur durch ein gänzliches Aussterben aller gesetzlich zur Thronfolge Berechtigten resp. Verpflichteten hauptlos [1]) geworden, so ist ein gerechtfertigter Nothstand eingetreten und seine verfassungsmässigen Organe haben auf verfassungsmässigem Wege ein neues Haupt zu setzen. Der Fall wird übrigens kaum vorkommen, da beim Mangel weiterer gesetzmässiger Succession eine Aenderung des Thronfolgegesetzes die erste Sorge des Souveräns sein wird. Hat aber ein Volk, gleichviel in welchem Grade es dazu gereizt scheinen mag, sich selbst zu helfen gesucht, indem es seine gesetzliche Dynastie oder auch nur den gesetzlichen Herrscher entthronte, so hat es, wenn das Gesetz nicht ausdrücklich die Ermächtigung dazu gibt, in welchem Falle aber eine wahre Monarchie fehlt, eine Schuld auf sich geladen, von welcher ein menschlicher Richterspruch es nicht befreien kann. Das fordert die Logik des Souveränetätsbegriffs in der wahren Monarchie [2]). Der Entthronte bleibt sein legitimes Haupt, so lange er nicht verzichtet, und der Entthronende oder die entthronende Revolution und was aus dieser gegen den Legitimen folgte, ehe und bevor derselbe verzichtete, bleibt stets illegitim, auch wenn jener verzichtete [3]). Der Staat kann nicht ohne Haupt sein; der Entthronte ist thatsächlich von ihm getrennt. Der Usurpator muss thatsächlich regieren; er verwaltet die Gesetze, er gibt neue. Mag man diese Thätigkeit eine legale nennen. Aber sie ist und bleibt wesentlich verschieden von der des rechten Souveräns, der wohl illegal aber nie illegitim herrschen kann [4]). Es ist der Unterschied des Gebrauchs, selbst des gesetzlichen, eines rechtlich nicht zuständigen Rechts von dem vielleicht nicht gesetzlichen Gebrauche einer rechtlich zuständigen Befugniss [5]). Es ist die nothwendige Folge der wahren monarchischen

---

[1]) Eine souveräne Handlung eines monarchisch beherrschten Volkes ohne seinen Monarchen oder gar gegen ihn, ist staatsrechtlich absolut undenkbar. Denn ein lebendiges organisches Gesammtwesen ist jedes Volk eben nur durch sein Haupt. Fällt dieses weg, so ist nicht das Volk nunmehr souverän, sondern es tritt Anarchie ein, die jedoch, bei der Natur- und Vernunftnothwendigkeit staatlicher Ordnung, sofort nach Einrichtung irgend einer Art von Herrschaft strebt und da sie dazu irgend eines Rechtstitels bedarf, in gänzlicher Ermangelung eines jeden andern nach dem der s. g. Volkssouveränetät greift.

[2]) Für die dauernde Regierungsunfähigkeit hat diese das Mittel der Reichsverwesung.

[3]) Nach dem freien Verzichte aber besteht kein Recht des Legitimen mehr gegen die nun vorhandene neue Gewalt. Wird jetzt eine neue Dynastie gewählt, so ist diese Wahl, die neue Dynastie und deren Herrschaft legitim. S. unten.

[4]) „*The King can do no wrong.*" — Blackstone, *Comment.* I. 6.

[5]) Die Verletzung des formellen Rechts an sich ist auch eine Rechtsverletzung, der Gebrauch des Staatsnothrechts aber, selbst wenn er eine formelle Rechtsverletzung mit sich bringt, ist desshalb noch nicht ein ungesetzlicher Gebrauch der Staatsgewalt, weil das Staatsnothrecht gleichfalls ein formelles Regierungsrecht des Souveräns ist, wie bedenklich auch dasselbe in seinen Folgen sein könne. Wenn alle Bedenklichkeiten in den Konsequenzen der Monarchie wegfielen, denn wäre sie keine menschliche Einrichtung, nicht für Menschen, nicht durch Menschen getragen. Aber bemerken wollen wir,

Digitized by Google

Staatsgewalt, dass dem Monarchen, der ganzen Welt gegenüber ausschliesslich und rechtlich unverantwortlich also auch unentziehbar, das Recht zustehe, die in derselben enthaltenen Pflichten auszuüben. Die rechtliche Unverantwortlichkeit aber ist nicht die ausschliessliche Eigenschaft der Monarchie, sondern der Staatsgewalt überhaupt, und kommt dem Monarchen nur deshalb zu, weil es die Konsequenz der Monarchie ist, dass der vom Gesetze gerufene Monarch die Staatsgewalt gesetzlich besitze.

Was ist nun aber die Legitimität, das Legitimitätsprinzip?

Wir versuchen, die Resultate der bisherigen Ausführung in folgende Punkte zusammen zu drängen:

1) Der Rechtsbegriff des Legitimen im Gegensatze zum blos thatsächlich Möglichen oder formell Legalen beruht auf der allgemein menschlich-sittlichen Idee, dass die wahre sittlich gerechtfertigte und menschenwürdige Macht nicht im Können, selbst wenn sie rechtsgestaltend auftritt, sondern darin liege, dass der Macht und der Form des Rechts nicht ein durch sie selbst verletztes oder einseitig aufzuheben versuchtes Recht gegenübersteht [1]). Legitimität ist also nicht der

---

dass von allen Rechtsverletzungen diejenigen selbst für eine wohlbegründete Regierung die gefährlichsten sind, welche nicht offen, sondern mit dem Scheine des Rechts, unter unbegründetem Vorgeben eines Staatsnothrechts und zwar prämedidirt geschehen, in der Absicht, um den klaren Sinn und Geist der Verfassung herumzukommen, namentlich bei Völkern, die ein feines Rechtsgefühl besitzen und Regierung und Rechtsschutz nicht von einander zu trennen vermögen. Im Alterthum war die Herrschaft der Gewalt und List selber ein Gesetz der Noth; heutzutage ist es die Herrschaft des Rechts. Jahrtausende haben bewiesen, dass jene Art von Herrschaft weder konservirend noch zu konserviren ist. Für unsere Zeit aber, falls sie nicht wieder in die Fehler des Alterthums zurückverfallen soll, giebt es nur eine wesentlich konservative und konservirende Art der Staatsgewalt, nemlich die, welcher das Recht vor allem Andern geht. Beachtungswerth ist übrigens noch, und keineswegs bisher hinreichend gewürdigt, dass das Terrain, in welchem das geschichtliche germanische Königthum zuerst Wurzeln schlug. der Königsbann, kein anderes ist, als der Schutz des schwachen Rechts (der Wittwen, Waisen, Fremden und der Kirche) durch die königliche Gewalt gegen die blos materielle Uebermacht. Vergl. z. B. Carol. M. leg. 58. 80. 147. — Ludov. P. leg. 11. 58. 80. 147. 150. — Loth. I. leg. 66. 68. 74. — Ludov. II. leg. 2. Add. I. 3. Add. II. 28. 36. — Edward. conf. leg. 12. 17. 25. — Wilh. conq. leg. 1. 2. 5 f. 21. 26. — Leg. Henr. I. 1. — S. auch die Stellen bei Vollgraff, polit. Syst. Thl. IV. p. 251.

[1]) Die Legitimität als ein fester Begriff des Staatsrechts setzt also voraus: Einen wirklichen Staat, einen Staat, in welchem Religion und Recht, öffentliches und Privatrecht, Recht und Politik nicht in ein unartikulirtes Ganze zusammenfallen, sondern, wenigstens der Hauptsache nach, geschieden und im Verhältnisse zur Freiheit wie zur Beherrschung möglichst organisch gegliedert sind, einen Staat also, der zwar nicht blos aber doch wenigstens ein Rechtsstaat ist, so, dass das gesammte staatsrechtliche Verhältniss zunächst auf allseitiger und konsequenter Anerkennung und Durchführung der organischen Verbindung aller einzelnen Glieder durch das bestehende Recht zur fortgesetzten Anstrebung des Staatszweckes beruht. — Vollgraff, l. c. Thl. IV. p. 248. 510. 628.

Digitized by Google

relative politische Begriff von Billigkeit oder Zweckmässigkeit im Gegensatze zum formellen Rechte, auch nicht ein absoluter, rein sittlicher Begriff, sondern ein streng juristischer mit sittlicher Grundlage, besagend, dass ein Unrecht nie gerechtfertigt und zu dem Rechte werden kann, welches die verletzte Person selbst noch als Recht prätendirt; oder, dass dasselbe Recht nie Zweien zugleich zustehen kann, dass Besitz und Ausübung nicht das Recht selbst ist, dass *quod ab initio injustum fuit, nullius temporis tractu* (hiedurch allein) *justum fieri potest*, dass es keine staatsrechtliche Verjährung gebe [1]).

2) Ein gewisses Gefühl der Legitimität, eine Ahnung derselben, ein Ringen darnach, hat der Menschheit nie gefehlt. Aber nur sehr allmählig konnte sich dasselbe zum Bewusstsein und dann erst begrifflich entwickeln. Im Oriente der Basis nach ein vorherrschend sittliches aber schnell materiell ausartendes Gefühl, wird es in den klassischen Staaten beherrscht durch eine Art von völkerrechtlichem Interesse der Herrschenden in der Form der aristokratischen Konföderationen [2]). Zu einem staatsrechtlichen Begriffe wird die Legitimität erst durch die staatliche Entwicklung der germanischen Völker [3]), formell bestimmt bei den Engländern, jedoch mit materieller Unterlage der Volks- oder Parlamentssouveränetät, und von dieser abhängig [4]); materiell und formell bestimmt, aber unsicher und bestritten bei den Franzosen, gegenwärtig mit formeller Unterlage der Volkssouveränetät [5]); materiell und formell genau bestimmt und ohne widersprechende Unterlage bei den Deutschen, auf der Basis der organischen verfassungsmässigen Verbindung der gesetzlichen Dynastien mit dem Staate, des konsequent festgehaltenen und durch die Revolution oder Usurpation

---

[1]) „*Nullum tempus occurrit regi.*" — Gentz, Schriften. Thl. II. p. 156. — Vollgraff, l. c. Thl. III. p. 573. not. a.

[2]) Dass diese Elemente nie ganz ausstarben und auch nie ganz aussterben werden, hat seinen Grund in der Natur der menschlichen Individualität. Ihre Ordnung, die stets wieder durch das Recht ausgesöhnte Reibung zwischen Freiheit und Beherrschung, nicht die Vernichtung der einen oder der andern, ist, beide steigernd, das Gesetz des Fortschritts. „*La continuité n'est pas une loi moins certaine que le progrès.*" Dupont-White, l. c. p. 202.

[3]) S. Gneist, l. c. Thl. I. 290. 655. 659 f. — Custance, *a concise view of the constitut. of Engl.* Deutsche Uebers. Braunschw. 1827. p. 133. 134.

[4]) Vollgraff, polit. Syst. Thl. IV. p. 90 f. 106 f. 109.

[5]) Der Kaiser nennt sich „*par la grâce de Dieu et l'élection du peuple.*" — Der Art. 5 der Konstitution vom 20/21. Dec. 1851 „*Le Président de la République est responsable devant le peuple français, auquel il a toujours le droit de faire appel*" ist, mit Ausnahme der Eingangsworte, nicht aufgehoben. Vergl. Bischof, H. Die Ministerverantwortlichkeit und die Staatsgerichtshöfe etc. p. 29. not. 2.

Digitized by Google

nicht unterbrochenen Thronfolgeprinzips [1]), **der Achtung allen Rechts** [2]), **der Treue und des Vertrauens der Völker.**

3) Die konstitutionelle Eigenschaft einer Staatsverfassung kann begreiflich am Legitimitätsbegriff nichts ändern [3]). Aber alle Diejenigen, denen die Aufrechthaltung, Pflege und Fortbildung der Verfassung in die Hand gegeben ist, bekommen durch deren konstitutionelle Eigenschaft, weil durch dieselbe jede Verfassung künstlicher und edler wird, besondere Pflichten. Namentlich mögen auch die verfassungsmässigen Vertreter der deutschen Völker der aus dieser ihrer Eigenschaft ihnen erwachsenden besondern hohen und schweren Pflichten eingedenk bleiben, und wenn sie auch sicher das Gesetz nicht ohne die Freiheit zu wahren haben oder ohne diese zu wahren im Stande wären [4]),

---

1) Montesquieu, Esprit. lib. VIII.

2) Einzig und eigenthümlich stehen in Deutschland die Verhältnisse der s. g. Braunschweiger Revolution vom Jahre 1830 da. Der deutsche Bund hat sie entschieden, und wie man auch dieselben ansehen mag, diese Revolution war und ist ohne Konsequenz und die legitime Dynastie blieb im Besitze des Landes. Von dem Herzoge Karl selbst hatte dessen Bruder Vollmacht zur Uebernahme der Regierung erhalten; die absolute Regierungsunfähigkeit hätte sich aber mindestens einen Reichsverweser gefallen lassen müssen. Uebrigens je ausserordentlicher ein solcher Fall ist, desto mehr bestätigt er, selbst wenn er nicht ganz strenge im Voraus durch Gesetze abgesehen werden kann, die Richtigkeit unseres Prinzips. — S. der Aufstand in der Stadt Braunschweig am 6/7. September 1830. Leipzig 1858.

3) Vollgraff, l. c. IV. p. 233.

4) Der Konstitutionalismus ist, wenn richtig aufgefasst (s. Mein System Thl. I. p. 61 f. 365. Thl. II. p. 29. 388 f. 433. not. 1) ohne Zweifel für unsere Zeiten und Verhältnisse eine der tüchtigsten Stützen der Legitimität, da er einmal die beiden grössten Gefahren für dieselbe, nemlich den Despotismus und die Volkssouveränetät in der Form aktiven Widerstandes, sehr vermindert, dagegen auch alle die wesentlichen Seiten des staatlichen Bestandes so sicher in unantastbare Rechtsformen bringt, dass auch unter einer minder begabten regierenden Persönlichkeit das Land sich viel wohler und zufriedener befinden kann, als es ausserdem selbst unter begabteren Persönlichkeiten der Fall wäre. Der Konstitutionalismus macht grosse und gute Regentengedanken jedes Vorgängers dadurch, dass sie einseitiger Aenderung entzogen sind, zu einem bleibenden Gute des Staats, also auch und vor Allem der regierenden Dynastie selbst. Dazu kömmt aber noch, dass er in den Kammern nicht nur verfassungsmässige und einflussreiche Organe der öffentlichen Meinung, sondern auch volksthümliche Theilnehmer an der Verantwortlichkeit für die wichtigsten Regierungshandlungen aufstellt. So vermindert derselbe nach allen Seiten hin die Gefahr einer unter irgend einem Vorwande zu rechtfertigen versucht werdenden Unterbrechung der legitimen Kontinuität der staatlichen Beherrschung. Schon Patricius, *Franc. Senens.* († 1494) *de inst. reip.* I, 5. c. 27 meinte: „*Facilius enim tueri possumus, quod a pluribus custoditur et multitudinis auctoritas non est parvi momenti.*“ (F. Förster, l. c.) — Marsilius war derselben Ansicht; dessgleichen Engelbert a Voldersdorf. — Ueber den Werth selbst des genialsten Absolutismus s. Mommsen, l. c. Thl. III. p. 458. 483. — Blum, ein russ. Staatsmann, B. I. p. 134 f. 258 f. — Montalembert, l. c. p. 48. 201 f. — Sehr trivial ist die Ansicht Vollgraffs, l. c. Thl. IV. p. 185.

Digitized by Google

so mögen sie doch nie, selbst in der besten Absicht nicht, so weit gehen, durch das Gegentheil einer objektiv ruhigen Haltung den Gedanken an eine Volkssouveränetät oder an eine blos formelle Monarchie wenn gleich nur scheinbar zu rechtfertigen, und zwar um so weniger, je mehr die Thatsachen selbst derlei Auffassungen näher zu legen geeignet sind. Ihre Schuld wäre es dann, entweder einer Freiheit ohne Gesetz, der Anarchie, der Revolution, wenn auch gegen ihren Willen, vorgearbeitet zu haben, oder das deutsche Volk, welches hat, was andere Völker nicht mehr haben, die gemüths- und vertrauensvolle Hingabe an die Dynastie, und nicht hat, was andere Völker haben, z. B. Englands Lage, Völker, Geschichte und seine Aristokratie, oder Frankreichs konsequenten aber zersetzenden Rationalismus, seine Befriedigung durch Glanz und kriegerischen Ruhm, zu etwas gedrängt zu haben, was ihm nicht passt [1]; der Verletzung der Bundesgrundgesetze und der Reaktion [2]) gar nicht zu gedenken!

4) Es ist kein Grund gegeben, den Legitimitätsbegriff blos auf eine bestimmte Verfassungsform, oder blos auf Handlungen, welche die Herrschaft betreffen, zu beschränken. Allein da es eigentlich keine vollständige Einheitsstaatsform gibt, als die erblich monarchische, und da man für die Rechtmässigkeit von Handlungen, welche die Herrschaft nicht betreffen, eigene technische Ausdrücke hat, so rechtfertigt es sich, die Legitimität nur mit der rechtmässigen Geblütsmonarchie in Verbindung zu setzen.

5) Der Legitimitätsbegriff hat daher seinen Schwerpunkt in der Geblütsmonarchie und zwar in der modernen, welche das Recht der Monarchie nicht blos aus dem Geblüte, oder aus der Macht oder aus der Religion, sondern aus dem verfassungsmässigen Bestande des Staats, aus der organischen Stellung der herrschenden Dynastie ableitet. Geblüt oder Dauer, Macht und Religion sind allerdings auch h. z. T. noch wichtige Pfeiler der Legitimität, aber ihre unmittelbare Basis ist das Recht ohne ein dasselbe zum Unrechte machendes entgegenstehendes Recht [3]). Die Voraussetzungen der staatsrechtlichen monarchischen Legitimität sind demnach:

---

[1]) Die Entsetzbarkeit des Nachfolgers in das Herzogthum nach Lex Bajuv. II. 10, — die bekannte Entsetzbarkeit des deutschen Reichsoberhaupts durch die Fürsten und der Fürsten durch den Lehnsherrn resp. Kaiser und Reich sind ebenso für heutzutage ohne Konsequenzen, wie die Bestimmungen der englischen, schwedischen und der spanischen Verfassung (von 1837), weil die Entsetzbarkeit des Souveräns durch das Parlament wohl mit dem aristokratischen Prinzip, auch bei monarchischer Form, vereinbar sein mag, nie aber mit dem monarchischen Prinzip in Einklang gesetzt werden, also auch nicht auf Deutschland anwendbar sein kann. S. Mein System Thl. II. p. 49. — Bischof, Ministerverantwortlichkeit etc. p. 27 f.

[2]) Tzschirner, das Reaktionssystem. Leipzig 1824.

[3]) Was Müller, Charles, l. c. p. 67 behauptet, kann für die gegenwärtige französische Legitimistenpartei gelten. Sehr bemerkenswerth aber ist, dass derselbe Autor, der die Stimmung dieser

Digitized by Google

a) Dass Derjenige, welcher regiert, nicht selbst durch widerrechtliche Gewalt, sei es nur die eigene oder die dazu gebrauchte eines empörten Volkes, zum Besitz des Thrones gelangt sei. Sein Unrecht bleibt Unrecht.

b) Dass, wenn sein legaler Nachfolger zur Thronfolge gelangt, entweder kein legitimer Prätendent mehr da ist [1]), oder dass derselbe auf rechtsgültige Weise verzichtet hat, welche Abdikation rechtlich ganz analog der Abdikation eines regierenden Herrn beurtheilt werden muss [2]).

c) Dass sich die Legitimität nicht auf die Volkssouveränetät stütze, und dass nicht die Anerkennung der verfassungsmässigen bei der Gesetzgebung zur Mitwirkung berufenen Faktoren in ihrer verfassungsmässigen Organisation und Form fehle, falls dieselbe überhaupt noch möglich.

6) Am ungestörtesten und vollständigsten hat sich der Legitimitätsbegriff unter den genannten Staaten bisher in den deutschen Staaten entwickelt [3]). Der Grundgedanke derselben ist: „Wenigstens möglischste Verwirklichung des gesammten bestehenden Rechts — kein Mehr um den Preis dieser, kein Recht durch Unrecht [4]), Unrecht bleibt Unrecht, auch als Erwiderung erlittenen Unrechts. Die deutsche Monarchie ist nicht blos Staatsform, sondern auch Staatsprinzip und zwar so, wie sie verfassungsmässig

---

Partei recht wohl kennen dürfte, p. 131 f. 171. 196 ausdrücklich hervorhebt, wie die Legitimität weder den Despotismus noch den Absolutismus noch endlich die Zentralisation zur nothwendigen Voraussetzung habe. — Die neue legitime, d. h. ohne Unrecht zum Throne gelangte Dynastie wird wohl auch den Mangel jener Kraft fühlen, die nur durch lange Dauer entsteht. Sie, wie das Volk, empfinden die Neuheit. Aber abgesehen davon, dass auch dies sein Gutes haben kann, so wird sie sich nicht, wie alle Usurpatoren von politischer Einsicht, laut nach dieser Dauer sehnen und Alles versuchen, um den Schein des Alters, des Geblüts u. dgl. m. hervorzubringen, oder dessen Mangel zu vertuschen. Der Grund von all dem ist aber zuletzt wieder nicht die Neuheit, sondern das Unrecht und das Bedürfniss des Scheins des Rechts. Daher die Popularitätshascherei der Usurpatoren schon zwei Jahrtausende vor wie eben so lange nach Chr. S. Gfrörer, l. c. Thl. I. p. 248. — Vollgraff, polit. Syst. Thl. III. p. 209. Thl. IV. p. 55. not. e.

1) Wie die englischen Verhältnisse überhaupt für uns nicht massgebend sind, so würde es auch gegen unsere Auffassung der Legitimität nicht sprechen, wenn wirklich, wie Heeren (Ideen) meint, es ein Glück für das in England regierende Haus gewesen wäre, dass es noch lange einen Prätendenten gab, der die Prinzipien (des Protestantismus etc.) nicht vergessen liess.

2) S. Mein System Thl. II. p. 295 f.

3) Fouché erhält über die Krönung des Kaisers Alexander I. aus St. Petersburg Bericht, worin es heisst: „*Le jeune empereur s'avancait précedé des assassins de son grand-père, suivi des assassins de son père et entouré des siens.*“ Bignon, *hist. de France.*

4) Einer der genialsten Sätze von Montesquieu ist folgender: „*C'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites. Qui le dirait! la vertu même a besoin de limites.*“ Esp. XI. 4. Freilich aber fehlen auch die Schranken nie und nirgends. Es kommt eben nur darauf an, wo diese sind, und worin sie bestehen.

Digitized by Google

besteht. Das monarchische Prinzip ist also Ausgang und Ende des deutschen Staats, und jede Verletzung desselben wäre die höchste Verletzung des Staats, die Usurpation aber die widerrechtliche Vernichtung des bisherigen Staats und die widerrechtliche Schöpfung eines andern. Kein Staatsrecht kann das Eine oder das Andere gestatten; die Macht der Thatsachen ist nie Recht [1]).

Nun noch ein Wort für Diejenigen, welche, in Erinnerung alles Dessen, was sie selbst erlebt oder in der Weltgeschichte von dem Missbrauche der monarchischen Staatsgewalt gelesen, was sie über die geschichtliche Rechtfertigung dieser oder jener Revolution gehört und gedacht haben, sich stets vor der vollen Konsequenz des monarchischen Souveränetätsbegriffs [2]) fürchten, und wenigstens für gewisse Fälle sich an die Idee der Volkssouveränetät, an die Revolution, wenn auch als letztes radikales Mittel, anklammern zu müssen glauben [3]).

Vor Allem sagen wir Denen, die Volksouveränetätsidee, unlogisch und unhistorisch, ist auch praktisch nicht durchführbar [4]). Aber sie schmeichelt zu sehr dem Edlen wie dem Schlechten, als dass man nicht schon deshalb ein gewisses Misstrauen gegen dieselbe haben sollte [5]).

---

[1]) Dupont-White, l. c. p. 146. 150 f. — Lerminier, l. c. Tom. I. p. 200 hebt hervor, wie Usurpatoren gleich Spielern nie aufhören, auf den Zufall oder das Glück zu spekuliren. Es ist aber ein Frevel, diess unter dem Vorgeben „*de jouer ou corriger la Providence*“ thun zu wollen.

[2]) Der wahre Souveränetätsbegriff muss in allen Staatsformen derselbe sein, also auch dessen absolut logisch nothwendige Konsequenz, dass der Souverän, weil Souverän, nicht juristisch verantwortlich sein kann.

[3]) Der Skeptiker Voltaire: „*S'il fallait choisir, je détesterais moins la tyrannie d'un seul que celle de plusieurs.*“ Der fromme Denker de Maistre: „*Le despotisme des nations libres est le plus terrible.*“ — Das Alterthum kennt kein Beispiel von dem nachhaltig günstigen Erfolge einer Volksrevolution. In dem despotischen Staate wechselt nur der Despot, und in den s. g. klassischen Staaten hat jede Empörung der dienenden Klassen deren Loos erschwert. Laurent, l. c. Tom. II. p. 60. — Ausland, 1843. p. 131. — Dupont-White, l. c. p. 40 f.

[4]) Vollgraff, polit. Syst. Thl. IV. p. 32. not. c. p. 78. not. V.

[5]) Die alten Griechen hatten schon erkannt, dass die durch Revolution entstandene Tyrannis deshalb ein grosses Unglück sei, weil man sich nicht mehr von ihr losmachen könne. So entsteht ein *circulus vitiosus* von Despotismus und Revolution, und es liegt ein tiefer Sinn in den Worten Bonald's: „*La révolution qui a commencé par la déclaration des droits de l'homme ne finira que par la déclaration des droits de Dieu.*“ — Ueber den allgemein entsittlichenden Einfluss der Revolutionen vergl. auch Clemens, die Revolutionen etc. p. 13. 15. 20. 90 f. — Die meisten bedeutenden Männer, welche ihr huldigten, ehe sie dieselbe recht kannten, haben ihr nachher wieder abgeschworen. S. eod. p. 97. — Zachariä, 40 B. Thl. III. p. 76. — Tocqueville, *la Démocratie en Amér.* Tom. I. p. 6 f. 219. — Vollgraff, erst. Vers. Thl. III. p. 909 f. — Normanby, *une année de révolut.* — Jede Revolution — „nur eine bewaffnete Negation“ — ist, wie der Despotismus, ein Rückfall in das Prinzip des Alterthums, das der materiellen Gewalt, und schon Aeschylus sagte in seinem Prometheus (V. 35.), dass jeder, der da als Neuling herrsche, rauh sei. Pascal: „*Le plus grand des maux est les guerres civiles.*

Digitized by Google

Sie rechtfertigt aber die Revolution, und diese und der Despotismus sind, wenigstens in der Regel und für den Anfang gegenseitig sich bedingend. Im Alterthume sind sie die Folge politischer und sittlicher Unreife und baldigen nothreifen Absterbens. In unserer Zeit dagegen sind sie weder das Produkt des politisch unreifen noch des politisch todten Theiles eines Volkes, sondern das des sittlich und politisch kranken Theils, und können die Umstände eines Volks der Art beschaffen sein, dass eine solche kranke Masse, wenn auch verhältnissmässig klein, fürchterlich ansteckend wirkt[1]). Denn sie reisst den politisch Schlechten blos zur privaten Spekulation auf den Staat, den Unreifen zum blinden Fanatismus, den politisch Todten zum gemeinen Verbrechen in voller Zügellosigkeit fort.

Das Nichtgelingen eines Revolutionsversuchs, das Nichtreussiren eines Anlaufs zur Despotie ist oft der beste Beweis, dass die überwiegende Masse des Volks sowohl bezüglich der Freiheit als auch des Gehorsams noch gesund, oder im glücklichen Gleichgewichte, oder selbst der kranke Theil so gestellt ist, dass er Unreifes und Schlechtes nicht mit sich fortreissen kann. Nicht ein günstiges Zeichen für die Tiefe der menschlichen Weisheit, sondern für die menschliche Kurzsichtigkeit selbst der Weisesten aber ist es, wenn man bei Beurtheilung längst vergangener Revolutionen die grosse Entfernung, die Verschiedenheit der Verhältnisse und, wenn man die Beschreibungen derselben liest, den subjektiven Standpunkt des Referenten und den Umstand ausser Ansatz lässt[2]), dass der Mensch Alles in demselben Grade für trefflich und wohlfeil ausgibt und am Ende selbst auch dafür hält, in dem er es ungeschickter und unüberlegter Weise zu theuer gekauft hat[3]). Für äusserste Fälle müssen wir aber auch noch darauf aufmerksam machen, dass in dem durch die Buchdruckerkunst unseren Zeiten möglichen Ausdrucke einer wahren, unverfälschten und thatkräftigen öffentlichen Meinung eines ganzen Volkes, ja einer ganzen gebildeten Welt, eine sittliche Macht liegt, welcher höchstens die Verzweiflung entgegenzutreten wagen wird, welche viel stärker ist, als jede blos

---

Le mal à craindre d'un souverain qui succède par droit de naissance n'est ni si grand, ni si sûr. — Vergl. auch Isocrat. Nicocl. c. 13.

[1]) Z. B. in Folge zentralisirter und demoralisirter Administration, mangelnden freien politischen Zusammenhangs der Massen, allmächtigen Einflusses einer tonangebenden Weltstadt u. s. w.

[2]) Dupont-White, l. c. p. 15 meint, theilweise mit Recht, der Hass gegen die Regierungen „*qui semble une des traditions du monde*", komme daher „*que le monde, pendant une longue enfance, a nommé Gouvernement les puissances privées qui l'opprimaient.*" — Die Aufstände rechtloser Massen im Alterthum, der gewaltige Widerstand von Vasallen gegen den Lehnsherrn können niemals Analogien für Revolutionen darbieten, deren Gegenstand die Verschiedenheit politischer Ansichten oder nicht das Recht überhaupt, sondern nur das Mass und die Art der Rechte und Pflichten ist.

[3]) Man hat viel über die Staatsutopisten seit Platon und Thomas Morus gelacht. Aber der gefährlichste Staatsutopist ist derjenige, welcher, die Unvermeidlichkeit der Unvollkommenheit des Staats als einer menschlichen Einrichtung übersehend, die Unvollkommenheit durch die Revolution heilen zu können wähnt.

Digitized by Google

materielle Macht, und mit Geduld und Konsequenz bei innerer Berechtigung auch unfehlbar zum Ziele führen wird, dass wenigstens für die deutschen Staaten in Streitigkeiten zwischen Regierungen und Ständen ein Rekurs an den deutschen Bund statt findet [1]), und dass endlich das unter gewissen Voraussetzungen nicht zu beanstandende aber doch stets traurige und bedenkliche Mittel des passiven Widerstands noch nie in seiner ganzen Wirksamkeit versucht worden ist, weil dasselbe, obgleich wohlfeiler und sicherer, doch langsamer und mühsamer wäre und das einmüthige und ruhige Zusammenwirken des ganzen Volks voraussetzen würde. Wie könnte man aber von einer Revolution sagen, dass sie legitim sei, wenn das Volk nicht einmal zu einem entschiedenen einstimmigen Ausdrucke seiner Meinung, zum Gebrauche der nicht widerrechtlichen Schutzmittel der Verfassung fähig gewesen [2])?

Gewiss ist aber, dass sowohl nach den deutschen Bundesgrundgesetzen wie nach den geltenden Verfassungsgesetzen der deutschen Staaten der von uns aufgestellte staatsrechtliche Begriff der Legitimität richtig, also für Deutschland bindend ist. Und wenn in Frankreich Mancher unsere politische Getheiltheit belächelt, wenn England auf unsern Mangel des Parlamentarismus stolz herabsehen will — lassen wir uns darum nicht irre machen. Frankreich hätte fürwahr keinen Grund zu hochmüthigem Lächeln [3]); und nicht alle Engländer theilen jenen herabsehenden Stolz [4]). Aber von jeher war es der Wahlspruch der Deutschen: mit Gott für Fürst und Vaterland. Voll der feinsten Empfindung für das Recht galt es nie dem Deutschen zur Ehre, mit seinen Fürsten sich selbst zu erniedrigen; aber als unsterblich galten die, welche für ihre Fürsten in jener Treue starben [5]), die schon Tacitus rühmt, und die verloren zu haben nicht der Vor-

---

1) Mein System Thl. I. p. 486.

2) Guizot, l. c. p. 72: *„Il est plus grave de discuter une révolution que de la faire, et l'état est bien plus ébranlé quand on porte atteinte à ses lois fondamentales, au nom de la raison humaine, que lorsqu'on les enfreint sous le coup de la nécessité."* — Vergl. Bunsen, Gott in d. Gesch. Thl. I. p. 300. — Ueber den passiven Widerstand s. Mein System Thl. II. p. 599. n. 3. — Zachariä, 40 B. Thl. III. p. 96. — Gagern, l. c. p. 109 f. — Dupont-White, l. c. p. 192. — Vollgraff, pol. Syst. Thl. IV. p. 270 f.

3) Man lese über den sittlichen Zustand Frankreichs dessen eigene Schriftsteller nach, z. B. Mallet-Dupan — de Maistre — Chevalier — Tocqueville — Thierry — Roger-Collard — Raudot — Eugen Sue — die Revue d. d. mondes etc. Vergl. Vollgraff, erst. Vers. Thl. II. p. 491 f. Thl. III. p. 24. 909. 943.

4) Besonders im Laufe unseres Jahrzehnts ist es recht klar geworden, dass die öffentlichen Einrichtungen Englands an manchen höchst wesentlichen Stellen sehr bedenklich leiden. Ein tieferer Blick in die immer drängender werdenden englischen Reformbestrebungen aber beweist, dass Englands gegenwärtige Stärke, seine Aristokratie, nicht mehr so genügt, wie ehedem. Jedes Resultat der Reform aber wird am Ende dem Volke und der Monarchie zugleich zu Gute kommen.

5) Es hatte seinen besondern Grund, warum wir bei der gegenwärtigen Weltlage vorzüglich auf die neueste französ. Literatur oft verwiesen. Ebendesshalb erwähnen wir noch, dass ein Franzose, Cousin, es ist, welcher in der Revue d. d. m. Avril 1851 äusserte: *„en politique surtout rien de grand n'est possible sans la foi et l'amour."*

Digitized by Google

wurf unserer Zeit werden soll [1]). Möge Frankreich sein Ruhm, England seine Art von Freiheit für Alles zu trösten scheinen. Deutschland bleibe deutsch, dem deutschen Charakter treu; keinen Ruhm, keine Freiheit durch rechtswidrige, racheathmende Gewalt! Allmählig nur reift die organische politische Entwicklung der Völker, und je mehr ihre Macht und ihr Reichthum wächst, desto mehr bedürfen sie nicht der Herrschaft der Gewalt, sondern der sittlichen Ideen, der warmen Innigkeit des Gemüthes, der mannhaften aber friedlichen Vertheidigung der Gerechtigkeit, und, in äussersten Fällen, der Liebe, wenn sie die Träger eines höheren sittlichen Fortschritts der Menschheit zu sein gedenken [2]). Wir stehen nicht an, zu erklären, dass die höchste wahre politische Kraft der deutschen Völker als solcher auch gegenwärtig noch in ihrem monarchischen Geiste, in der Anhänglichkeit an ihre altangestammten Dynastien, die zugleich ein charakteristischer Grundzug der deutschen Gesammtnationalität ist, — in dem deutschen Legitimitätsbegriffe [3]) beruhe [4]).

---

[1]) Meine Ansichten über die Rechte und Pflichten des fürstlichen Berufes wollen aus meinem System des Verfassungsrechtes der monarchischen Staaten Deutschlands entnommen werden.

[2]) Die Anwendung der Analogie der Menschenalter auf die Staaten ist ein fatalistischer Gedanke, den wir nicht zu theilen vermögen. Die sittlichen Wahrheiten, die wir kennen, sind so gross, dass deren Durchführung uns noch einen unendlichen Fortschritt zur Aufgabe macht, der auch bei der fortgesetzten Verjüngung der Staaten durch die neuen Generationen zur Möglichkeit wird. — Zachariä, 40 B. Thl. II. p. 231 f. Thl. IV. p. 3. — Tocqueville, l. c. Tom. I. p. 113.

[3]) Der Rechtswissenschaft erwächst daher auch die heilige Aufgabe, dieses Kraftelement zum Bewusstsein zu bringen, ganz besonders dann, wenn die Gefahr droht, dass es von einflussreichen Klassen oder Individualitäten in eitler Selbstüberhebung und politischer Leichtfertigkeit nicht genug beachtet werden möchte. Wird dabei von der Rechtswissenschaft nicht übersehen, dass dieses Kraftelement seine reelle Grundlage in der Heilighaltung des gesammten Rechtsbestandes seitens der Regierungen finde, so thut nach unserer Ueberzeugung die Wissenschaft des deutschen Staatsrechts nur dann ihre Pflicht, wenn sie diesem Elemente gebührende Rechnung trägt. Es hat zwar nie an gewissenlosen Leuten unter den Juristen und an Schmähung derselben gefehlt. S. Laurent, l. c. Tom. V. p. 553. 577. 579. — Auch der Satz: „Die Rechtsgelehrten sind die gebornen Vertheidiger des Königthums" ist wohl schief ausgelegt worden (Troplong, l. c. p. 19). Allein viel Theil an dem Misstrauen, welches man gegen die Juristen sonst hegte, hat die durch sie vermittelte oft höchst unkritische Rezeption der fremden Rechte und was an dieser hängt gehabt. S. deutsch. Viertelj. Schr. 1856. Hft. 2. p. 302. — v. Mohl, l. c. Thl. II. p. 212. — Troplong, l. c. p. 19. 106. 124 f. 157 f. — Tocqueville, l. c. p. 221. 263. — Barrau, l. c. p. 234. not. 2. — Weiske, Rechtslex. Thl. I. p. 732. — Gentz, Schriften Thl. II. p. 144. — Zeitschr. f. d. auswärt. R. W. Jahrg. 1831. p. 136 f. und Jahrg. 1835. p. 329 f. — Aber schon 1523 schrieb ein deutscher Jurist: „*Legalis sapientia doctores non facit ut servitio aulae inscribantur, stigmatis aulicis inurantur, aut sordibus fororum seu consistoriorum volutentur: sed ut de jure respondeant, dubia dirimant, juris praecepta doceant, respublicas moderentur. Haec ad justum doctorem pertinent, illa vero nostram professionem oppugnant, haec populis consulunt, illa subvertunt.* S. Stinzing, *Ulricus Zasius (Motto).*

[4]) Vergl. Vollgraff, polit. Syst. Thl. III. p. 436 f.

Digitized by Google

Schwer nur würde ich von diesem mir liebgewordenen Gegenstande ohne dessen weitere Ausführung scheiden, wäre es nicht eine noch viel angenehmere Aufgabe, deren Lösung mich von ihm abruft.

Hochverehrtester Herr Geheimerath! Die Juristenfakultät der nachbarlichen Julia-Maximilianea begrüsst in feierlicher Freude den Tag, an welchem vor einem halben Jahrhunderte das juristische Doktorat Sie zum Priester der Rechtswissenschaft weihte. Durch Lehre, Schrift und That haben Sie nicht nur 50 Jahre lang das heilige Gelübde des Doktorats treu besiegelt, sondern auch die deutsche Rechtswissenschaft mächtig befördert, zu deren Anerkennung selbst in den weitesten Kreisen des Auslands wesentlich beigetragen und so deren Verbindung mit fremder Rechtswissenschaft nachhaltig vermittelt. Deutscher Fleiss, deutsche Treue, deutsches Gemüth in innigster Verbindung mit dem ausgebreitesten Wissen werden ewig in Ihrem Namen den vollkommensten Vertreter finden.

Die Juristenfakultät hat mir, der stets mit Freude und Dankbarkeit sich erinnert, Ihr Schüler gewesen zu sein, den ehrenvollen Auftrag ertheilt, dem freudigen Antheile, welchen sie an Ihrem Jubeltage nimmt, Ausdruck zu geben.

So seien Sie denn gegrüsst, ruhmreicher Jubeldoktor! von der Juristenfakultät Würzburgs. Nehmen Sie freundlich auf das Zeichen der verehrungsvollen freudigen Theilnahme derselben, und gestatten Sie mir, mit dem innigen Wunsche zu schliessen, der allgütige Gott möge Sie noch lange, lange dem Lehrstuhle, den Sie zieren, der Wissenschaft, die Sie bereichern, und allen den Vielen, welche Sie lieben und verehren, in frischer Kraft und ungestörter Gesundheit erhalten.

Digitized by Google

NACHTRÄGE.

Ad pag. 4. not. 1. — Ueber den Legitimitätsbegriff vergl. noch **Krug**, Kreuz- und Querzüge No. 3. — **Leslie-Grove-Jones**, *an examination of the principles of Legitimacy*, London 1828. — **Martens**, Abriss des Staatsr. § 23. — **Vollgraff**, polit. Syst. Thl. I. § 86. Thl. III. § 99. Thl. IV. § 13. 168—175.

Ad pag. 19. not. 6. — Vergl. auch Gregor v. Tours II. 41. 42.

BERICHTIGUNGEN.

Seite 7. Zeile 1 lies „Gegensatzes“ statt „Gegensatz“; auch ist nach „Volkssouveränetät“ ein Komma zu setzen.

„ 14. not. 2 ist nach den Worten: „der Aufhebung“ einzuschalten: „der Ungleichheit“.

„ 19. „ 4 lies „Madras“ statt „Mayras“.

„ 21. Zeile 19 lies „von denselben“ statt „vor denselben“.

„ 22. not. 3 lies „ad Att.“ statt „ad Alt.“

„ 34. Zeile 2 lies „erhalten“ statt „bewahrt“.

„ 34. „ 7 „ „die Nachgiebigkeit“ statt „Nachgiebigkeit“.

„ 34. „ 23 „ „vielen“ statt „vieler“.

„ 36. „ 1 „ „als“ statt „al“.

„ 38. not. 3 lies „Revolution“ statt „Bevolution“.

„ 44. Zeile 14 lies „möglichste“ statt „möglischste“.

„ 4[illegible] „ 7 „ [illegible]

„ 38 „ [illegible]

INSTRUCTION PUBLIQUE.

ACADÉMIE DU BAS-RHIN.

PARSONS LIBRARY
University of
MICHIGAN

THÈSE

POUR LA LICENCE,

PRÉSENTÉE

A LA FACULTÉ DE DROIT DE STRASBOURG

ET SOUTENUE PUBLIQUEMENT

Le Mardi, 23 Novembre 1852, à midi,

PAR

J. F. RAUTER,

De Strasbourg (Bas-Rhin).

STRASBOURG,

DE L'IMPRIMERIE DE V.e BERGER-LEVRAULT, RUE DES JUIFS, 33.

1852.

Digitized by Google

A MON PÈRE.

A LA MÉMOIRE DE MA MÈRE.

J. F. RAUTER.

Digitized by Google

FACULTÉ DE DROIT DE STRASBOURG.

PROFESSEURS.

MM. AUBRY ✱, doyen. . . . . . Droit civil français.
RAUTER O✱, doyen hon.re Procédure civile et Législat.on crim.lle
HEPP ✱ . . . . Droit des gens.
HEIMBURGER . . . . Droit romain.
THIERIET ✱ . . . . Droit commercial.
SCHÜTZENBERGER ✱ . . . . Droit administratif.
RAU ✱ . . . . Droit civil français.
ESCHBACH. . . . . Droit civil français.

MM. DESTRAIS, LUQUIAU, } professeurs suppléants.
MICHAUX-BELLAIRE, professeur suppléant provisoire.

M. BLŒCHEL ✱, professeur honoraire.

M. BÉCOURT, officier de l'Université, secrétaire, agent comptable.

M. ESCHBACH, Président de la thèse.

Examinateurs MM. { AUBRY, HEPP, DESTRAIS, } Professeurs.

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières au candidat.

Digitized by Google

JUS ROMANUM.

DE DONATIONIBUS INTER VIVOS,

SECUNDUM JUS JUSTINIANEUM.

(Dig. XXXIX, 5; Inst. II, 7; Cod. VIII, 54, De donationibus.)

PROOEMIUM.

Donatio est liberalitas in accipientem nullo jure cogente collata[1]. Donationum duæ sunt species, mortis causa et non mortis causa, vel inter vivos.

Mortis causa donatio fit propter mortis suspicionem, duobus modis, primo, re statim tradita sub conditione restituendi si mors non evenerit, secundo, re tantum promissa et si mors evenerit tradenda; utroque modo is qui donat usque ad mortem jus revocandi habet.

---

1. Fr. 82; D., De regul. j., L, 17.

Digitized by Google

Mortis causa donatio constitutione Justiniani[1] fere per omnia legatis æquiparata est.

Donationes inter vivos sine ulla mortis cogitatione fiunt. De his tantum disseremus.

CAPUT I.

Definitio.

Donatio inter vivos est ea qua ita dat vel dare se obligat donator ut nullo modo hanc liberalitatem revocare possit[2].

Ex hac definitione sequitur:

1.° Donationem inter vivos conventionem esse, ideo tam ejus cui donatur quam donatoris requiri consensum, donationemque non acceptam irritam esse;[3]

2.° Donatorem rem aliquam e patrimonio suo alienare vel ad alienandum se obligare;

3.° Eum cui donatum est rem vel rei promissionem in patrimonio accipere;

4.° Donantem per benevolentiam tantum agere.

Distinguuntur ergo a donatione mandatum, commodatum et depositum[4], ita et legati vel hereditatis renuntiatio quanquam alterius favendi gratia facta, debiti ante præscriptum tempus solutio.[5]

Donatio remuneratoria quæ fit alicujus officii remunerandi causa, donatio non est, si res donata hujus officii pretium existimari potest; est enim datio in solutum. Donatio *impleta* dicitur cum res donata

---

1. Const. 4, C., VIII, 57.

2. Fr. 1, §. 1 D., h. tit. Dare non idem est quam donare. Donare venit a dono dare sicuti vendere a venum dare.

3. Fr. 26, D., h. t.

4. His contractibus enim non rem aliquam sed operas suas gratuito promittit is qui se obligat.

5. Fr. 31, §. 6, D., De donat. int. vir. et ux. XXIV. 1.

Digitized by Google

statim traditur, *non impleta,* cum tantum ad eam dandam se obligat donator.

CAPUT II.

De his qui donare et accipere possunt.

Donare possunt omnes quibus libera dispositio est rerum suarum.

Res suas donare non possunt pupilli nec minores viginti quinque annis, etiamsi venia ætatis a principe impetrata, curatorum auctoritate exempti sunt. Excipitur tamen propter nuptias donatio. Tutoris auctoritas, curatoris consensus, etiamsi decreto magistratus confirmati, in hac re nihil prosunt. Usucapio sola rem accipientis facere potest, cum post viginti quinque annos impletos, inter præsentes quidem decennium inter absentes autem vicennium, donatore acquiescente, effluxerit.[1]

Donationes a tutore vel curatore sine pupilli vel minoris voluntate factas his non nocere non dubium est.

Prodigus cui bonis interdictum est sine curatoris consensu donare non potest.[2]

Mente captus, id est furiosus vel demens, donare non potest quum intelligentia careat nec valeat consensus. Quodsi intermissiones sunt furoris, quæ his quidem temporibus donantur recte donantur.[3]

Filiifamilias, cum in potestate patria sint et nihil suum habeant, donare non possunt[4]. Ita docet jus antiquum quod autem usu et plurium principum constitutionibus mutatum est.

---

1. Const. 3, C., V, 74.
2. §. 3. Inst., I, 23.
3. Const. 6, C., De curatore fur. vel prod. V, 70.
4. Gaii Inst. II, §. 87; Fr. 7, D., h. t.; Ulp. Regul. tit. 19, §. 18.

Digitized by Google

Et primum usu introductum est ut filii familias in castrensi peculio vice patrum familiarum fungerentur[1]. In castrensi peculio res sunt omnes quas filius familias in militia acquisivit.

Exemplo prioris constitutum est peculium quasi castrense quod, post diversas juris mutationes[2], omnia salaria vel stipendia publica a filiis familias percepta comprehendit.

Qui habent castrense peculium vel quasicastrense in ea conditione sunt ut donare et mortis causa et non mortis causa possunt, cum testamenti factionem habeant.[3]

Jure Justinianeo peculium adventitium donare potest filius familias cum hujus peculii dominium habeat et pater tantum dimidiam ususfructus partem retinendi jus habeat post filii emancipationem[4]. Donationes autem huic parentis juri nocere non debent. Peculium profectitium, id est quod a parente proficiscitur, filius familias donare non potest, neque si liberam peculii administrationem habeat; si quis autem filio familias liberam peculii administrationem concessit et nominatim adjecit sic se ei concedere ut donare quoque possit, eum donare posse non dubium est.[5]

Mulieres, quæ jam diu non in tutela sunt donare res suas possunt.

Item uxores, bona parapherna. Fundi dotales autem a viro donari non possunt, neque consentiente muliere.[6]

Pupilli et minores, quum meliorem quidem suam conditionem eis facere liceat, sine tutoris auctoritate aut curatoris consensu sibi factas donationes accipere possunt.[7]

Idem dicamus de prodigis. Mente captus autem, nisi intermissio sit

1. Fr. 2, D., De senat. Maced. XIV, 6.
2. Const. 37, C., De inoffic. test.
3. Fr. 7, §. 6, D., h. t., Ulp.
4. §. 2, Inst. II, 9.
5. Fr. 7, §. 2, Ulp., D., h. t.
6. Pr. Inst. II, 8.
7. Pr. Inst., De auct. tut., I, 21.

Digitized by Google

morbi, accipere non potest, quum liberum dare consensum non possit. Curator autem pro eo accipere potest quum hereditatem adire possit.[1]

Quæ filio familias donantur a parente ejus acquiruntur. Excipiuntur quæ a parentibus vel cognatis in militia agenti donantur. Hæc enim in castrensi peculio sunt[2]. Quæ a principe palatinis donantur in quasi castrensi peculio sunt.[3]

Aliæ donationes a quolibet factæ in peculio adventitio sunt cujus naturam supra ostendimus.

Donationes in servum collatæ servi domino prosunt[4]. Servus in quo usumfructum habes, res sibi donatas domino, non tibi, acquirit.

Item res ei qui a te bona fide possidetur donatæ ad ipsum si liber est, ad dominum si servus alienus est, pertinent.[5]

Donare et accipere possunt peregrini sicuti cives, donatio inter vivos enim non tam jure civili auctoritatem obtinuit quam jure gentium[6] et nostris temporibus non jam utitur mancipatione quæ a solis civibus perficienda erat et stipulare vel promittere possunt omnes.

Non valet donatio inter vivos cum obstat unitas personæ donantis et accipientis. Ita non valet donatio inter patrem et filium non emancipatum[7]. Quæ paterfamilias filio suo donat sunt in peculio profectitio cujus filius administrationem tantum habet, non dominium.[8]

Eadem ratione non valebat donatio inter conjuges, quippe uxor in manum conveniens eodem loco erat viro quo filia familias. Obsoleta in manum conventione, quum tamen usu receptum esset ut donationes inter conjuges prohibitæ manerent, alias rationes excogitave-

---

1. §. 3. Const. 7, C., V, 70.
2. Fr. 11, D., De castrensi pecul. XLIX, 17.
3. Const. un., C., De castrens. omn. palat. XII, 31.
4. §. 3. Inst., Per q. p. II, 9.
5. §. 4, Inst., loc. cit.
6. Heineccii Elem. jur. II, 7.
7. Fr. 1, §. 1, D., pro don. XLI, 6.
8. §. 1, Inst. II, 9.

Digitized by Google

runt jureconsulti, veluti ne mutuato amore se invicem spoliarent conjuges[1]. Ita interdicta erat inter virum et uxorem donatio ut ipso jure nihil valeret quod actum fuerat[2]. Postea autem, oratione Antonini Caracallæ in Senatu habita, statuit Senatusconsultum fas esse conjugem qui donavit pœnitere, et ubi semel donatorem pœnituerit, etiam heredem revocandi potestatem habere, sin durante vita nihil tale manifestaverit ille, valere donationem.[3]

CAPUT III.

De rebus quæ donari possunt.

Donari possunt res omnes quæcunque in patrimonio habentur; totum etiam hominis patrimonium sive pars illius pro indiviso. Res etiam futuræ donari possunt[4]. Donatio fit igitur aut singulæ rei aut universitatis.

Non tantum rerum dominia donari possunt; etiam donare videtur qui jus aliquod, servitutem, usumfructum, usum vel habitationem gratuito constituit vel rem ejus cui donatur, a tali sibi debito jure liberat. Est etiam donatio debiti remissio[5] et nominis vel hereditatis cessio gratuito facta.

CAPUT IV.

Donationum inter vivos forma.

Forma donationibus propria antiquitus nulla erat, neque vero a communi conventionum jure exemptæ erant. Unde sequitur ut si nec

---

1. Fr. 1, 2, Ulp., D., De donat. int. vir. et ux., XXIV, 1.
2. Fr. 3, §. 10, Ulp., D., eod. tit.
3. Fr. 32, Ulp., D., eod. tit.
4. Const. 3, C., h. t.
5. Fr. 9, pr., D., h. t.

Digitized by Google

stipulatione comfirmatæ nec sponte impletæ erant conventiones de rebus donandis factæ, tantum nudæ pactiones manebant, exceptionem non actionem parientes.[1]

Rerum mancipi donationes mancipatione vel in jure cessione implendæ erant.[2] Res mancipi enim, si tantum traditæ erant, in bonis accipientis efficiebantur, ex jure Quiritium vero donantis permanebant, donec usucapio impleta erat.[3] Res nec mancipi vero traditione in dominium accipientis transferebantur. Tota autem rei facies subinde mutata est.

Dispiciamus primum de donationibus quæ statim implentur. Cum sublata sit omnis differentia inter res mancipi vel nec mancipi, traditione consummari possunt omnes donationes rerum corporalium.

Rei traditio fit diversis traditionis usitatis modis, ita per interpositam personam; fit etiam cum accipientem jubet donator quod ipse habebat sibi habere[4], aut cum rem aliquam donando usumfructum ejus retinet.[5]

Has fictas rei donatæ traditiones jam suo tempore usitatas abolevit Constantinus et necessitatem corporalis traditionis advocatis testibus imposuit[6]. Ab Honorio et Theodosio autem restitutæ sunt.[7]

Rerum incorporalium donationes quasi traditione implentur.

Donationes nondum impletas in scriptis fieri jussit Constantinus[8], eas vero nullam producere obligationem donec insecuta fuerit traditio[9].

---

1. Fr. 7, §. 4, Ulp. D., De pact. II, 14.
2. Fragm. vatic. tit. 7, §. 313.
3. Gaïus, II, §. 41.
4. Fr. 4, 6, 10, D., h. t.
5. Const. 28, C., h. t.
6. Const. 1. h. t. in Cod. Theod., vide Pothier, Pandectas, XXXIX, 5, n.° XXI.
7. Const. 28, C., h. t.
8. Const. 25, C., h. t.
9. Const. 1. h. t. in Cod. Theod., vide Pothier, Pandectas, XXXIV, 5, n.° XXI.

Digitized by Google

Scripturam autem remiserunt Theodosius et Valentinianus[1], quod confirmavit Zeno qui etiam in traditione necessitatem adhibendorum testium remisit.[2]

Jure Justinianeo perficiuntur donationes cum donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit, et ad exemplum venditionis tradendi necessitatem in se habent[3]. Ergo pactum legitimum est donatio, quo perficiendo donatoris et ejus cui donatur requiritur consensus[4]. Nobis ignorantibus tamen donari potest per personas quas in potestate nostra habemus, quod supra exposuimus. Cæterum et tacitus sufficit consensus. Requiritur autem consensus eo tempore quo donatio contrahitur, non quum conditio sub qua contracta est, impletur.[5]

Quum traditione non statim impleta fuit donatio postea impletur, iisdemque modis fit traditio quos supra exposuimus.

Nomina sine debitoris consensu, titulo donationis transferri possunt[6], quod fit per delegationem actionum[7], et ex constitutione Justinianea sine litis contestatione nec principali rescripto ad heredes transeunt[8].

Debiti remissio acceptilatione, etiam pacto fieri potest[9]. Valet etiam pactum quo cum debitore meo paciscor ne ante certum tempus ab eo petam[10]. Hoc jam ante Justinianum introductum est quum pacta semper exceptionem parerent.

Donatio omnium bonorum vel partis pro indiviso solo consensu perficitur et cogitur donator tantum quantum promisit præstare.

---

1. Const. 29, C., h. t.
2. Const. 31, C., h. t.
3. §. 2, Inst., h. t.
4. Const. 10, C., h. t.
5. Fr. 2, §. 5, D., h. t.
6. Const. 2, C., h. t.
7. Const. 11, C., h. t.
8. Const. 33, C., h. t.
9. Fr. 1, D., De transact. II, 15.
10. Fr. 9, D., h. t.

Digitized by Google

Si quidem usus fructus fuerit a donatore retentus, fieri traditio jure intelligitur. Sin non est retentus usus fructus, singularum rerum quæ patrimonium formant traditione impletur donatio. [1]

Nunc de insinuatione à nobis disserendum est. Insinuatur donatio cum in acta publica judicis refertur; nec interest ut apud competentem judicem fiat; etenim apud omnes provinciarum rectores vel civitatum magistratus et defensores insinuari possunt omnium rerum ubicumque positarum donationes. [2]

Constantius Chlorus omnes donationes, exceptis quæ in propinquos conferuntur, actis insinuari jussit [3]. Ejus constitutionem firmavit Constantinus magnus, omnesque exceptiones sustulit [4]. Theodosius excepit a necessitate insinuationis omnes donationes in quibus id quod donaretur non excederet ducentos solidos. [5]

Justinianus, duabus constitutionibus, summam actis insinuandam primum ad trecentos solidos, modo ad quingentos auxit [6]. Insinuatione non indigent donationes etiam quingentis solidis majores, a principe vel in principem collatæ, nec pro piis causis vel redemptione captivorum factæ. Item donationes factæ in eos quorum domus incendio vel ruina corrupta est [7]. Si quis diversis temporibus alicui plures donationes fecit quæ singulæ quantitatem legitimam non excedant, coacervatæ autem excedant, statuit Justinianus non indigere insinuatione [8].

---

1. Const. 35, §. 4 et 5, C., h. t.
2. Const. 30, C., h. t.
3. Const. 1, C. Theod., De spons., III, 5.
4. Const. 27, C., h. t.
5. Const. ult., C. Theod., De spons.
6. Const. 34 et 36, §. 3, C., h. t.
7. Const. 36, C., h. t.
8. Const. 34, C. h. t., authentic. §. 3.

Digitized by Google

CAPUT V.

Donationis inter vivos effectus.

Cum donationem a domino factam traditio secuta est, res fit accipientis[1]. Si vero donator rei dominus non erat nec domini jussu aut voluntate eam donavit, res tunc tandem fit accipientis cum usucapio insecuta est[2]. Idem dicamus de donatione servitutis, ususfructus, usus aut habitationis quum quasi traditione perfecta est.

Rem tibi donatam, sed nondum traditam, vindicare non potes. Personalis in donatorem tibi tantum competit actio. Ergo, donatione stipulationis auxilio facta, si res donata species est, condictionem certi, si genus est, actionem ex stipilatu habebis. Si vero donatio pacto tantum facta est, condictionem ex lege habebis; quum enim obligatio lege nova introducta est, nec cautum est eadem lege quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est.[3]

Qui donationis causa pecuniam vel quid aliud promisit, de mora solutionis pecuniæ usuras non debet. Idem, ex rescripto Divi Pii, tantum in quantum facere potest, deducto ære alieno convenitur[4], nec interest an stipulatione aut tantum pacto usus sit.

Si res promissa perit ante traditionem, dolus præstatur solus a donatore quia nulla utilitas versatur ejus qui donavit[5]. Quum autem culpa lata dolus sit[6], etiam de culpa lata tenetur donator.

Ei qui e re sibi donata evincitur, nulla contra donatorem competit actio; plane de dolo potest adversus eum habere actionem,

---

1. §. 40, Inst. II, 1.
2. Fr. 6, D., Pro donato, XLI, 6.
3. Fr. Paul., D., XIII, 2.
4. Fr. 22, Fr. 12, Fr. 33, D., h. t.
5. Arg. Fr. 5, §. 2, D., XIII, 6.
6. Fr. 226, D., De verb. signif., L, 16.

Digitized by Google

si dolo fecit[1]. Si autem de evictione cavit donator, de evictione eum tenet actio.[2]

Cui nomen quoddam concessum est, utiles actiones, tanquam procurator in rem suam, habet in debitorem[3]. Item is cui hereditas donata est utiles habebit actiones in debitores hereditarios, qui adversus donantem merito doli exceptione uti possunt, si ab eo persequuntur[4]. Creditoribus hereditariis autem satisfacere debet; si hoc minime facit, actione prescriptis verbis cogi potest.

CAPUT VI.

De singularibus quibusdam donationum formis.

Donatio sub conditione est ea qua donat aliquis ea mente ut tunc demum rem donatam accipientis faciat, quum aliquid secutum fuerit. Donatio quæ sub conditione solvitur est ea qua quis ea mente donat ut statim rem faciat accipientis, si tamen aliquid factum fuerit vel factum non fuerit, velit ad se reverti.[5]

Donatio sub modo ea est cui legem dixit donator hoc pacto, ut aut de usu rei certo modo statuat[6], aut de restituenda re donata vel parte ejus sibi aliisve caveat, aut sibi rem aliquam solvendam esse paciscatur.

---

1. Fr. 18, §. 3, D., h. t.
2. Const. 2, C., De evict., VIII, 45.
3. Const. 33, C., h. t.
4. Const. 5, C., IV, 39; Fr. 16, pr. Ulp. D., De pact. II, 14.
5. Fr. 1; D., h. t.
6. Const. 3 et 6, C., De condict. ob caus. dat., IV, 6.

Digitized by Google

Ergo valet donatio sub hoc modo facta, ut post mortem ejus cui donatum est, res donata ad donatorem redeat.[1]

Conditio vel modus autem statim donationi adjiciendus est, perfecta donatio enim conditiones vel modum postea non capit.[2]

Quamvis sub conditione, vel modo facta, nihilominus insinuatione indiget donatio quæ quingentorum solidorum summam egreditur. Sin autem sub tali modo facta est, ut jam non sit liberalitas et donationis tantum nomen habeat, donatio non est, nec insinuatione indiget, nec ex crimine ingrati animi revocari potest.

Præscriptis verbis agere potest donator ut impleatur modus vel conditio[3], etiam ad rem reddendam condictionem ob causam datorum habet, si quidem accipientis culpa fit quominus impleatur modus.

Si quis autem sub conditione donavit, nec impletur conditio, non tantum condictionem habet, sed etiam rei donatæ vindicationem. Item si eo pacto dedit ut certa sibi præberentur alimenta, nec præbentur.[4]

CAPUT VII.

De revocandis donationibus.

Quamvis donatio inter vivos sua natura sit irrevocabilis, rescinditur tamen :

I. Pro parte, 1.° *Cum modum vel summam quingentorum solidorum excedit, nec insinuata est*[5]. Si non adhuc impleta est donatio, non

1. Const. 2, C., De donat. q. sub mod., VIII, 55.
2. Const. 4, C., eod. tit.
3. Const. 9, C., h. t.
4. Const. 1, C., De donat. quæ sub modo, VIII, 55.
5. Const. 34, C., h. t.

Digitized by Google

nisi usque ad quingentos solidos actionem habet is cui donatum est. Si jam impleta est, dominium rei sibi injusto titulo traditæ non habet et donator rei suæ partem quingentorum solidorum modum excedentem, semper vindicare potest. Res donata communis est inter donantem et accipientem. Qui ampliorem summam in hac re habet, reliquam æstimationis quantitatem offerre potest ei qui minorem habet et totius rei dominus fieri. Sin autem hoc non facit, res dividetur secundum quantitatem utrique parti competentem. Sin vero res utiliter dividi non potest, licebit etiam ei qui minorem partem habet, offerre pretium et totam rem sibi vindicare.[1]

2.° *Tanquam inofficiosa.* Quum quis patrimonium suum donationibus ita exhausit, ut si hoc testamento fecisset, inofficiosi testamenti querelam habuissent heredes, post illius mortem eis comparatur inofficiosæ donationis querela. Hac querela, quæ ad instar prioris introducta est, non omnino rescinditur donatio, sed usque eo quoad quartam legitimæ partis habeant heredes.[2]

II. In integrum: 1.° *Ob insignam ingratitudinem.* Tanquam ab ingrato revocatur donatio ab eo potissimum qui vel injuriis donatorem ingressus est, vel damnum rei ejus familiari intulit, vel vitæ periculum eidem paravit[3]. Sed personalem tantummodo habet actionem donator, qua petit ut res sibi restituatur cum omni causa[4]. Nec ad heredem, nec adversus heredem transit actio[5]. Donationes omnes remunerandi causa factas ab ingrato revocari non posse arbitrantur jureconsultorum alii, alii has tantum donationes quibus acceptæ salutis beneficium remuneravit donator.[6]

---

1. Const. 34, C. h. t., authentic. §. 2.
2. Const. 7, C., De inoff. don., III, 29.
3. Const. 10, C., De revoc. don., VIII, 56.
4. Const. 7, C., eod. tit.
5. Const. 10, C., eod. tit.
6. Fr. 34, §. 1, D., h. t. Voy. Savigny, *System des heutig. röm. Rechts*, tom. IV, §. 153.

Digitized by Google

2.° *Ob liberos postea susceptos.* Si patronus filios non habens bona omnia vel partem eorum liberto donavit et postea suscepit liberos, totum quidquid largitus est, revertitur ad eum.[1]

3.° *Ob donationis legem vel modum minus impletum.*[2]

---

1. Const. 8; C., De revoc. don., VIII, 56.
2. Vide supra, caput VI.

Digitized by Google

DROIT CIVIL FRANÇAIS.

DE LA FORME ET DES EFFETS DES DONATIONS ENTRE VIFS.[1]

INTRODUCTION.

Les contrats, eu égard au motif qui fait agir les parties, se divisent en contrats à titre onéreux et en contrats à titre gratuit ou de bienfaisance. Ils sont à titre onéreux lorsque l'avantage qu'ils procurent à l'une des parties ne lui est concédé que moyennant une prestation qu'elle a fournie à l'autre, ou à laquelle elle s'oblige envers elle. Ils sont à titre gratuit quand ils assurent à l'une des parties quelque avantage indépendamment de toute prestation de sa part. (Art. 1105 et 1106.)

Tous les contrats sont, en général, régis par les mêmes règles exposées au *titre des obligations* du Code Napoléon. Ils sont parfaits

1. *Ouvrages cités.* Ricard, Traité des donations entre vifs et testamentaires. — Pothier, Des donations entre vifs. — Merlin, Répertoire de jurisprudence. — Locré, Législation de la France, tome XI. — Zachariæ (traduit par MM. Aubry et Rau), Cours de droit civil. — Coin-Delisle, Commentaire sur le Code civil, livre III, titre II.

Digitized by Google

par le consentement des parties de quelque manière qu'il soit exprimé (1108). La loi établit une exception pour l'un des contrats à titre gratuit, la donation entre-vifs. Ce contrat est soumis à certaines solennités de forme, ses effets en tant que titre translatif de propriété sont modifiés, il en est de même des règles concernant la capacité des parties. De plus, et c'est surtout une différence importante, la donation entre-vifs peut être révoquée en tout ou en partie dans certains cas déterminés par la loi.

Le sujet de cette thèse étant *la forme et les effets de la donation entre-vifs,* nous n'aurons pas à nous occuper de ce dernier caractère de la donation entre-vifs, et quant à la capacité des parties, nous ne nous en occuperons qu'en ce qui concerne la faculté *d'accepter.*

Avant de faire connaître les dispositions du Code relatives à cette matière, demandons-nous quels sont les principes juridiques que le législateur a voulu mettre en pratique. A-t-il établi lui-même ces principes, a-t-il voulu faire une œuvre entièrement nouvelle, alors l'étude de la législation ancienne nous est inutile, elle nous servirait tout au plus de terme de comparaison pour juger la loi nouvelle. Le législateur, au contraire, a-t-il voulu sanctionner des principes déjà reçus, a-t-il même été jusqu'à copier des monuments législatifs déjà existants, dans ce cas c'est en étudiant l'ancien droit, la manière dont il s'est formé, l'aspect qu'il présentait au moment de la publication de la loi actuelle que nous pourrons arriver à la connaissance de l'esprit de cette loi, connaissance si nécessaire à une bonne interprétation. Or, il n'est pas de matière où les rédacteurs du Code aient suivi de plus près les errements du Droit ancien, du moins en ce qui concerne la forme des donations entre-vifs; une simple comparaison entre le Code Napoléon et l'ordonnance de février 1731 suffit pour nous convaincre de ce fait.

Nous consacrerons donc les premières pages de notre travail à exposer les principes et les règles du Droit romain et du Droit coutumier relatifs à la forme et aux effets de la donation entre-vifs, nous

Digitized by Google

ferons connaître les ordonnances royales qui ont tenté d'établir de l'unité entre deux législations si diverses, nous nous occuperons spécialement de l'ordonnance de 1731, comme de la source où les rédacteurs du Code ont puisé leurs principales dispositions; nous indiquerons les lois révolutionnaires de 1791 et de l'an II, et pour montrer les variations du Droit sur la transmission de la chose donnée, la loi de l'an VII *sur les hypothèques et la transmission des immeubles;* nous terminerons par l'histoire de la rédaction du titre *des donations entre-vifs et des testaments,* en insistant surtout sur la section I.re du chapitre IV, objet de cette thèse.

Nous avons exposé dans notre thèse latine quelle était sous Justinien la législation romaine relative aux donations entre-vifs. Elle fut adoptée dans les pays de Droit écrit.

On pouvait donc, d'après les principes du Droit écrit, définir la donation entre-vifs, un contrat par lequel une personne, le donateur, donne ou promet de donner une chose à une autre personne, le donataire, qui accepte, sans que le donateur puisse révoquer cette libéralité.

Quoique nous ayons qualifié la donation entre-vifs du nom de *contrat,* elle n'en était pas moins parfaite par le seul consentement des parties, le Droit français n'ayant pas admis la distinction que le Droit romain établissait entre les contrats et les pactes[1]. La donation entre-vifs pouvait porter sur les choses futures comme sur les choses présentes, elle pouvait porter sur l'universalité des biens comme sur une quote-part ou sur un objet particulier. Toutefois la donation de l'universalité des biens, même des biens présents seulement, n'était admise que dans les contrats de mariage, ou bien lorsque le donateur s'était réservé quelque portion de ses biens ou de ses droits pour n'être

1. Merlin, mot *Stipulation.* — En Droit romain, le seul consentement des parties ne suffisait pas, en général, pour la perfection des contrats.

Digitized by Google

pas privé de la faculté de tester. Telle était la jurisprudence du parlement de Toulouse.[1]

La promesse de donner ne conférait pas la propriété, elle n'emportait qu'obligation de livrer la chose donnée, le donateur même n'était tenu d'exécuter sa promesse que jusqu'à concurrence de ses facultés et en retenant ce qu'il n'aurait pu donner sans s'incommoder notablement[2]. Du reste, la promesse de donner liait les héritiers du donateur aussi bien que le donateur lui-même.

La propriété de la chose donnée se transmettait par la tradition réelle ou *feinte* de cette chose. La tradition *feinte* s'opérait au moyen des *clauses de constitut* et *de précaire*, par lesquelles le donateur reconnaissait que s'il restait en possession de l'objet donné, il ne le détenait qu'au nom du donataire, soit en qualité d'usufruitier, de fermier ou de locataire, soit à charge de le livrer à la première réquisition.[3]

La tradition feinte avait également lieu lorsque le donataire possédait déjà la chose à l'époque du contrat, à un autre titre que celui de propriétaire. Lorsque la chose donnée n'appartenait pas au donateur, le donataire pouvait, s'il était de bonne foi, l'acquérir par usucapion. Dans le principe, la formalité de l'insinuation exigée par le Droit romain n'était pas observée en France, même dans les pays de Droit écrit; elle ne fut introduite qu'au seizième siècle, ainsi que nous le verrons plus loin.

Dans les pays de Droit coutumier, la donation entre-vifs fut soumise à des règles plus sévères. On n'exigea pas, il est vrai, de solennités spéciales pour manifester l'intention de donner et de recevoir; mais la donation entre-vifs fut considérée dans certaines coutumes

---

1. Merlin, mot *Donation*, sect. III, §. IV, 3.

2. Ricard, 3.e partie, n.o 739.

3. Quoique la doctrine repousse l'idée d'une tradition feinte, nous admettons cette expression dans une introduction historique, comme consacrée par les écrits des anciens jurisconsultes.

Digitized by Google

comme un contrat réel, n'acquérant d'existence légale que par la tradition de la chose donnée, dans d'autres elle revêtit ce caractère à l'égard des héritiers du donateur. C'est ce que nous allons expliquer.

Comme la donation entre-vifs contenait un dessaisissement de la part du donateur qui préférait le donataire à lui-même, la majorité des coutumes n'y voyait que l'exercice d'un droit de propriété comme dans une vente [1]. Aussi tandis que l'on ne pouvait, par testament ou par donation, à cause de mort, disposer que d'une partie des propres plus ou moins modique, on pouvait, dans la majorité des coutumes, les donner entre-vifs comme les acquets, sauf la légitime des enfants si le donateur en avait. [2]

Mais aussi pour empêcher le donateur de dépouiller ses héritiers par des donations dont il n'aurait point souffert personnellement, on voulut qu'il en sentît lui-même le poids par une expropriation réelle. C'est ce que les rédacteurs des coutumes exprimèrent en ces termes : *donner et retenir ne vaut.* [3]

Quel est le sens de cette maxime? Retenir la chose donnée, c'est ne pas la livrer, ne pas en opérer la tradition. Cette maxime veut donc dire qu'on ne peut donner une chose sans en opérer la tradition. Mais en fait de donations entre-vifs, les anciens légistes [4] distinguaient deux espèces de traditions, *la tradition de droit* et *la tradition de fait.* On entendait par tradition de droit, le caractère de stabilité qui doit rendre l'exécution de la donation indépendaute des changements de volonté du donateur et par tradition de fait, la délivrance de la possession de la chose donnée. [5]

La tradition de droit était exigée par toutes les Coutumes; le donateur qui ne se liait pas immédiatement sans retour, ne se liait pas

---

1. Grenier, Discours préliminaire, p. 9.
2. Pothier, sect. I, art. III.
3. Coutume de Paris, art. 273.
4. Ricard, partie 1.re, n.os 900 et 901.
5. Merlin, mot *Donation*, sect. V, §. 1.

Digitized by Google

du tout. Ni son silence ni même un acte confirmatif émané de sa part, ne pouvaient confirmer la donation, qui était nulle dès le principe. Aussi prohiba-t-on les donations de biens à venir; car en donnant des biens à venir, le donateur reste toujours le maître d'annuler l'effet de la donation en ne devenant pas propriétaire de la chose donnée.

La donation accompagnée de la tradition de droit et de la tradition de fait, opérée dans les formes voulues par les coutumes, avait pour effet de transmettre la propriété de la chose donnée

La donation entre-vifs, accompagnée de la tradition de droit seulement, conférait-elle au donataire une action pour obtenir la délivrance de la chose donnée, ou bien la tradition de fait était-elle nécessaire pour qu'un lien juridique unît les parties? Sur ce point régnait la plus grande diversité entre les Coutumes. Pour agir avec méthode, il faut examiner la question à l'égard du donateur d'abord, puis à l'égard de ses héritiers.

Selon M. Merlin[1], les Coutumes de la Flandre-Flamande étaient les seules où le donateur actionné en délivrance pût opposer le défaut de tradition de fait. Dans cette province nulle donation ne pouvait valoir comme donation entre-vifs, si le donateur ne se dessaisissait actuellement des biens donnés et n'en faisait la tradition par déshéritance et adhéritance par devant les juges compétents de la situation. Cela ne s'entendait que des immeubles, les meubles pouvaient être remis de la main à la main. Dans ces coutumes, la donation entre-vifs devait donc emporter immédiatement translation de la propriété.

Quant aux héritiers du donateur, il y avait une distinction à faire entre les coutumes qui admettaient l'usage de la tradition réelle et feinte d'après les règles du Droit romain que nous avons expliquées

1. Merlin, mot *Donation*, sect. V, §. I, art. II.

Digitized by Google

et celles qui exigeaient la solennité du nantissement ou *vest* et *dévest*.

Les premières étaient de trois sortes :

1.° Les unes déclaraient la donation valable à l'égard des héritiers du donateur, sans que la tradition de fait eût été opérée du vivant de ce dernier.[1]

2.° D'autres déclaraient la donation nulle si la tradition de fait n'avait pas été opérée du vivant du donateur[2]. « C'est donner et retenir, « lorsque le donateur s'est réservé la jouissance de disposer librement « de la chose donnée par lui, ou quand il demeure en possession « jusqu'au jour de son décès.[3] »

3.° Les autres, enfin, interdisaient au donateur la faculté de se réserver la jouissance de la chose donnée.[4]

Les Coutumes de nantissement étaient celles qui avaient conservé comme moyen légal de transmettre la propriété la formalité féodale du *nantissement*, acte judiciaire par lequel un acquéreur prenait civilement possession d'un héritage en présence de l'ancien propriétaire et des officiers seigneuriaux du pays, pour en jouir à titre de propriétaire, d'usufruitier, ou bien pour acquérir une hypothèque sur cet héritage.[5] Les principales Coutumes de nantissement étaient celles de Flandre, de Picardic, d'Artois, de Bretagne. Elles différaient entre elles, tant sur les moyens susceptibles de remplacer le nantissement pour transférer la propriété (*tradition*, *usucapion*), que sur les effets produits à l'égard des héritiers du donateur par l'omission de cette formalité ou de ce qui en tenait lieu.

Une autre conséquence du principe coutumier qui permettait de donner entre-vifs plus qu'on ne le pouvait à cause de mort ou par testament, était de rechercher l'intention du donateur, et lorsqu'une

1. Coutumes de Bourbonnais, de Touraine, de Lodunois, de Maine, d'Anjou.
2. Coutumes de Paris, d'Orléans, de Châlons, de Blois.
3. Coutume de Paris, art. 274.
4. Coutumes de Lorraine, de la Marche.
5. Merlin, mot *Nantissement*.

Digitized by Google

donation, quoique qualifiée entre-vifs, était faite par un mourant, par un homme en danger de mort ou atteint de certaines maladies[1], elle était considérée comme donation à cause de mort, et par suite, annulée ou réduite, selon que la coutume locale défendait ou restreignait ce genre de dispositions.

Les premières ordonnances royales qui régirent la matière des donations furent rendues au seizième siècle. L'ordonnance d'août 1539, rendue par François I.er, porte (art. 132, 133) qu'aucune donation ne produira d'effet que du jour où elle aura été acceptée, insinuée et enregistrée en les cours et jurisdictions ordinaires des parties et des choses données.

L'ordonnance de Moulins, rendue par Charles IX en février 1566, porte (art. 58) que l'insinuation doit être faite dans les quatre mois de l'acte et dans les six mois pour ceux qui sont hors du royaume; qu'elle est valable nonobstant la mort du donateur et du donataire, mais qu'à défaut d'insinuation dans les délais fixés, la donation est nulle, tant en faveur des héritiers que des créanciers du donateur.

Ces ordonnances étaient exécutoires par toute la France. L'insinuation fut donc exigée dans les pays de Droit coutumier comme dans ceux de Droit écrit. Elle différait de l'insinuation romaine en ce qu'elle était introduite uniquement dans l'intérêt des créanciers et des héritiers auxquels l'ignorance de l'existence de la donation aurait pu nuire.

La même ordonnance de Moulins (art. 54) proscrivait la preuve testimoniale pour toutes choses excédant la valeur de cent livres, ce qui s'appliquait naturellement à la donation entre-vifs. Aucune ordonnance n'ayant d'ailleurs prescrit de forme solennelle pour la donation entre-vifs, on pouvait prétendre qu'elle n'en exigeait pas. Toutefois la déclaration royale d'août 1549 portait que les donations faites à des absents pourraient être acceptées par le donataire sans l'assistance du donateur, mais de son vivant, pourvu que ce fût en présence de

1. Coutume de Paris, 277.

Digitized by Google

personnes publiques et de témoins ou de deux notaires. Ricard concluait de là que la donation elle-même devait être faite par-devant notaire. Cette solennité est surtout nécessaire, disait-il, dans les pays coutumiers où la donation doit être irrévocable; or, la donation par acte sous seing-privé n'a aucune date certaine, tous les actes emportant hypothèque faits postérieurement lui sont donc préférables, et de plus les parties sont toujours maîtresses d'anéantir la donation en faisant disparaître l'acte qui la constate[1]. Aussi Ricard était-il d'avis qu'il devait rester minute de la donation, car si elle était en brevet, le dernier inconvénient que nous venons de signaler n'en existait pas moins. Ce fut cette opinion qui prévalut dans la rédaction de l'ordonnance de février 1731 pour passer de là dans le Code.

Cette célèbre ordonnance, l'œuvre du chancelier d'Aguesseau, fut rendue par Louis XV; elle avait pour objet la nature, la forme et les charges ou conditions essentielles des donations. Quoique au dire du préambule, il ne se trouvât en cette matière que peu d'opposition entre les principes du Droit écrit et ceux du Droit coutumier, il n'en est pas moins vrai que l'ordonnance, en sanctionnant ces derniers, modifia gravement les premiers. Nous allons analyser cette ordonnance et faire connaître ainsi la source des différentes dispositions du Code que nous aurons à examiner plus tard.

L'ordonnance exigeait la forme notariée pour la validité de la donation entre-vifs, il devait en rester minute à peine de nullité (art. 1); elle exigeait la solennité d'acceptation (art. 5), excepté pour les donations faites par contrat de mariage (art. 10); la femme mariée ne pouvait accepter de donation entre-vifs sans l'autorisation de son mari ou de la justice, à moins que la donation ne dût lui tenir lieu de bien paraphernal (art. 9). L'acceptation pour les mineurs de 25 ans et les interdits devait être faite par leurs tuteurs ou curateurs, ou par leurs ascendants (art. 7); les incapables ne devaient pas être relevés du défaut

---

1. Ricard, partie I.re, n.° 883.

Digitized by Google

d'acceptation, sauf leur recours contre leurs tuteurs, curateurs ou administrateurs. (Art. 14.)

L'ordonnance exigeait pour les choses mobilières, à défaut de tradition de fait, un état signé des parties et annexé à la minute de la donation; elle défendait les donations de biens à venir et annulait pour le tout celles qui comprenaient de tels biens (art. 15). Elle annulait la donation faite sous condition de payer des dettes futures ou sous une condition dont l'exécution dépendît de la seule volonté du donateur; lorsque le donateur s'était réservé de disposer d'une somme ou d'un effet compris dans la donation, la donation n'était pas censée comprendre cette somme ou cet effet (art. 16). Ces deux articles ne s'appliquaient pas aux donations par contrat de mariage. (Art. 17, 18.)

Toutes donations, excepté celles par contrat de mariage (art. 19) et celles qui comprenaient des meubles d'une valeur inférieure à mille livres (art. 22), devaient être insinuées au greffe du baillage ou sénéchaussée royale ressortissant du domicile du donateur et de plus à celui qui ressortait de la situation des lieux, en cas de donation d'immeubles (art. 23, 24). Lorsque l'insinuation était faite dans les délais portés par les ordonnances, même après le décès du donateur ou du donataire, la donation avait son effet du jour de sa date à l'égard de toutes personnes. La donation pouvait également être insinuée après ces délais du vivant du donateur, même après le décès du donataire; mais dans ce cas elle n'avait d'effet que du jour de l'insinuation. Le défaut d'insinuation pouvait être opposé par toute personne intéressée, notamment par les héritiers du donateur; il ne pouvait l'être par le donateur ni par les personnes chargées d'y veiller au profit des donataires incapables, ni par les héritiers ou ayant-cause de ces personnes. (Art. 27, 30, 31.)

Ce défaut pouvait être opposé aux incapables, sauf leur recours contre leurs administrateurs ou tuteurs (art. 32); à la femme mariée, sauf son recours contre son mari (art. 28). La femme n'avait pas ce recours lorsque la chose donnée devait lui tenir lieu de bien para-

Digitized by Google

phernal et qu'elle n'en avait pas concédé la jouissance à son mari (art. 29, 30).

Les derniers articles de l'ordonnance traitaient de la légitime et de la révocation des donations pour survenance d'enfants, matières étrangères à notre sujet.

Cette ordonnance, quoique exécutoire dans toute la France, laissait subsister les législations locales sur tous les points où elle ne les abrogeait pas (art. 47). Certains articles renvoyaient même au Droit ancien. L'article 2 portait qu'on devait, dans les actes de donation, observer les formalités qui y avaient lieu suivant les différentes lois, coutumes et usages. Cet article se référait aux Coutumes de la Flandre flamande, dont nous avons parlé, et de plus à certaines formalités exigées depuis trois siècles en Dauphiné et en Provence[1]. En Dauphiné, une ordonnance de Louis XI, du 31 juillet 1456, exigeait que la donation fût faite en présence du juge ou bailli du domicile du donateur et de trois parents ou habitants du même lieu. En Provence, une ordonnance du roi René, du 24 octobre 1472, exigeait la présence du juge et de deux parents ou alliés du donateur pour toutes les donations d'une valeur supérieure à dix florins, autres que celles par contrat de mariage.

L'ordonnance ne traitant pas de la tradition de fait, il s'ensuit que tout ce que nous avons dit de la nécessité et des effets de la tradition de fait continua à subsister. Toutefois, l'article 15 établit à l'égard des meubles une règle uniforme; quand l'état signé par les parties était annexé à la donation, l'héritier du donateur était tenu de livrer la chose.[2]

Le droit de disposer à titre gratuit, tient de trop près au Droit public pour que la révolution française en ait épargné le système. Mais les lois portées à cette époque eurent moins pour objet la forme

---

1. Merlin, mot *Donation*, sect. II, §. III.
2. Merlin, *loco citato*, §. I, art. III.

Digitized by Google

et les effets de la donation entre-vifs que la capacité de donner et de recevoir à titre gratuit et la prohibition des substitutions. La principale de ces lois fut celle de nivôse an II.

Nous pouvons citer toutefois comme se rapportant à notre matière, la loi du 20 avril 1791. Cette loi (titre I.er, art. 24) abolit les lois et coutumes qui, pour la validité même intrinsèque des donations, les soumettaient à la nécessité d'être passées, recordées, reconnues ou réalisées en présence d'échevins, hommes de fiefs ou autres officiers seigneuriaux. Quant au statut delphinal ou autres lois semblables[1] concernant les formalités des donations entre-vifs, elle subrogea le juge de paix à l'officier seigneurial.

Aucune loi n'ayant réglé d'une manière complète la matière des donations, les anciennes lois, coutumes et ordonnances restèrent en vigueur jusqu'à la promulgation du Code. La loi du 11 brumaire an VII vint modifier les effets des donations d'immeubles susceptibles d'hypothèques. Elle statuait d'une manière générale (art. 26) que les actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèques devaient être transcrits sur les registres du bureau de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens étaient situés, que jusque-là ils ne pouvaient être opposés aux tiers qui avaient contracté avec le vendeur et qui s'étaient conformés aux dispositions de la nouvelle loi. Cette loi fut applicable aux donations de biens immeubles susceptibles d'hypothèques, qui n'en restèrent pas moins soumises à la formalité de l'insinuation.

Arrivons au Code civil. Il se compose de trente-sept lois successivement décrétées et promulguées pendant les années 1803 et 1804, puis réunies et promulguées une seconde fois sous la forme de Code, le 30 ventôse an XII (21 mars 1804). Le titre des donations et des testaments est une de ces lois. Le projet en fut présenté par M. Bigot-Préameneu au Conseil d'État, qui s'en occupa à plusieurs reprises et

1. L'édit pour la Provence.

Digitized by Google

l'arrêta dans sa séance du 3 germinal an XI (24 mars 1803). Il fut ensuite officieusement communiqué au Tribunat, qui proposa un certain nombre de corrections dont quelques-unes furent adoptées par le Conseil d'État. Le projet de loi arrêté définitivement par le Conseil d'État, fut présenté au Corps législatif par M. Bigot-Préameneu. Sur le rapport du tribun Jaubert, le Tribunat auquel le projet fut alors communiqué officiellement, émit un vœu d'adoption. Enfin le Corps législatif, à la presque-unanimité des suffrages, décréta la loi sur *les donations entre-vifs et les testaments*, loi qui fut promulguée dix jours après, le 23 floréal an XI (13 mai 1803).

C'est dans les deux rapports de MM. Préameneu et Jaubert que nous pourrons découvrir les intentions du législateur. En voici le résumé, en ce qui concerne la section intitulée: *De la forme des donations entre-vifs*.

Après avoir réglé les qualités requises pour donner et recevoir, après avoir fixé la quotité disponible et avoir indiqué le mode à suivre pour les réductions, le Code s'occupe spécialement des formes et des effets de la donation entre-vifs. Ici les rédacteurs ont eu recours à l'ordonnance de 1731. Les principes qui servent de base à leurs dispositions sont ceux de l'ordonnance; la donation doit être irrévocable, *donner et retenir ne vaut*, les tiers doivent être à l'abri de toute surprise. Le Code exige donc la forme notariée, la conservation de la minute, l'acceptation solennelle; il exige de plus la notification de l'acceptation faite par acte séparé, pour que le donateur ne soit pas victime d'actes qu'il aurait faits en ne se croyant pas engagé. L'acceptation devant être irrévocable, il s'ensuit que les incapables ne peuvent accepter valablement sans l'assistance de certaines personnes désignées par la loi. Le Code admet en général la transmission de la propriété par le seul effet du contrat de donation. Il en excepte les donations d'immeubles susceptibles d'hypothèques qui doivent être régies par la loi de brumaire an VII. Quant à l'insinuation, le Code l'abroge virtuellement comme inutile, depuis que la transcription est exigée pour les immeubles; quant aux meubles,

Digitized by Google

ils ne sauraient être mis au nombre des gages que les créanciers puissent suivre. Le Code n'admet pas qu'une donation non acceptée puisse valoir comme testament, parce que de plus grandes solennités sont exigées par la loi pour le testament que pour la donation. La donation entre-vifs sera valable comme telle, dans quelques circonstances que le donateur se soit trouvé. Les rédacteurs du Code ont admis, sauf quelques exceptions de détail, les articles de l'ordonnance concernant les biens à venir, les dettes futures, la réserve du droit de disposer d'une partie de la chose donnée, les conditions potestatives. Ils ont permis enfin de stipuler le droit de retour conventionnel, que l'ancien Droit admettait déjà, et la rétention d'usufruit que quelques Coutumes prohibaient.

M. Toullier a amèrement critiqué cette section du Code. Après avoir supprimé la différence établie par les Coutumes entre la faculté de donner certains biens par testament et celle de les donner entre-vifs, ce qui avait fait exiger pour la donation entre-vifs un acte notarié en minute, il était absurde, au dire de cet auteur, de maintenir cette exigence. Cette critique n'est pas fondée. Les lois sur les donations n'avaient pas pour unique but la conservation des biens dans les familles, elles avaient aussi pour but de prémunir les donateurs contre leurs passions et contre les surprises, et d'assurer l'irrévocabilité de ces dispositions, et ce motif existe encore.

L'irrévocabilité des donations entre-vifs est un principe d'ordre public, propre à maintenir la stabilité des fortunes. Elle a été introduite à la fois dans l'intérêt du donateur, qui sera plus circonspect à donner, dans celui du donataire qui ne se verra pas arbitrairement dépouillé des biens sur lesquels il pouvait compter et dans l'intérêt de leurs créanciers. Si les rédacteurs du Code ont suivi les règles de l'ordonnance, c'est qu'une longue pratique en avait démontré la valeur, et que dans une matière où tant d'intérêts doivent être mis en balance, c'est la pratique seule qui peut faire juger si les dispositions législatives sont bonnes ou mauvaises.

Digitized by Google

CHAPITRE PREMIER.

De la nature de la donation entre-vifs, des différentes espèces de donations entre-vifs.

« La donation entre-vifs, porte l'art. 894, est un acte par lequel le « donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose « donnée en faveur du donataire qui l'accepte. »

Il faut dire se dépouille *à titre gratuit.* L'article 894, ayant pour objet de définir l'une des deux manières, de disposer, à titre gratuit, conservées par l'art. 893, l'idée de gratuité énoncée dans cet article passe nécessairement dans le suivant.

Une première difficulté s'élève sur la définition du Code. La donation est un *acte,* n'est-elle pas un *contrat?* La question est importante; si la donation n'est pas un contrat, nous ne pourrons y appliquer les règles des obligations conventionnelles; si au contraire elle est un contrat, il faudra recourir à ces règles, toutes les fois qu'il n'y aura pas été dérogé au titre des donations. Pour exclure la donation du nombre des contrats, on objecte que le contrat impose des charges mutuelles aux deux parties contractantes et qu'ainsi cette expression ne peut convenir à la donation. C'est sur cette objection faite par le premier Consul au Conseil d'État, que le mot contrat, déjà inséré au projet, fut remplacé par celui d'acte. Mais il n'est pas vrai que les contrats imposent toujours des engagements réciproques, il n'y a que les contrats synallagmatiques; d'ailleurs la donation, même pure et simple, entraîne pour le donataire une obligation légale de se montrer reconnaissant. Cette première objection repoussée, rappelons-nous la définition du contrat (art. 1101). La donation n'est-elle pas une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'engagent envers une ou plusieurs autres à donner une chose, le consentement du donataire n'est-il pas requis aussi bien que celui du donateur, les

Digitized by Google

parties ne doivent-elles pas être capables de contracter, la donation ne doit-elle pas avoir un objet certain, n'a-t-elle pas une cause licite, un motif de libéralité? Ne sont-ce pas là tous les éléments du contrat? Les rédacteurs du Code ont d'ailleurs si bien reconnu que la donation entre-vifs est un contrat, qu'ils ont placé au titre des contrats les moyens d'en réparer et d'en couvrir les nullités. (Art. 1339, 1340.)

La donation est donc un contrat, et comme la loi la soumet à certaines solennités de forme, nous dirons qu'elle est *un contrat solennel.*

On pourrait croire en lisant la définition du Code, *se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose,* que la tradition de la chose est nécessaire à la perfection de la donation. Le projet de loi portait : se dépouille actuellement et irrévocablement *de la propriété;* il fut modifié sur l'observation présentée par le Tribunat, qu'un simple droit réel, d'usufruit par exemple, peut aussi bien que la propriété, être l'objet d'une donation. Toutefois la rédaction actuelle est équivoque et peut faire tomber dans l'erreur que nous avons signalée. Il est préférable de revenir à la première rédaction en prenant le mot chose dans son acception la plus large; ce qui comprend aussi bien les choses incorporelles que les choses corporelles.

En résumant ce que nous avons dit sur l'article 894, nous définirons la donation entre-vifs *un contrat solennel par lequel l'une des parties (le donateur) se dépouille à titre gratuit, actuellement et irrévocablement de la propriété de la chose donnée, en faveur de l'autre partie (le donataire) qui accepte cette disposition.*

De cette définition nous pouvons conclure que la donation entre-vifs est tout acte réunissant les caractères suivants : 1.° acte fait entre personnes vivantes, c'est-à-dire, un contrat exigeant le consentement des deux parties; 2.° translation irrévocable d'une chose du patrimoine d'une des parties dans celui de l'autre; 3.° volonté de la part de la première d'enrichir la seconde, et que tout acte auquel un de ces caractères fait défaut n'est pas une donation entre-vifs.

Digitized by Google

On peut donner toute espèce de choses qui se trouvent dans le commerce. La chose donnée peut même consister dans la totalité des biens présents du donateur, dans la totalité de ses meubles ou de ses immeubles, ou dans une quote-part de ces mêmes biens, la donation est alors *universelle* ou à *titre universel*. Elle peut être, soit une chose corporelle, soit une chose incorporelle, c'est-à-dire, un droit réel ou personnel, Ainsi, la concession gratuite d'un droit de servitude[1], d'usufruit[2] et d'usage ou d'habitation[3], est une donation. Il en est de même de la constitution à titre gratuit d'une rente perpétuelle ou viagère. (Art. 1969.)

Il en est de même encore de la cession gratuite d'une chose incorporelle, d'une créance par exemple ou d'une hérédité.

Nous avons dit que la chose donnée doit passer irrévocablement du patrimoine du donateur dans celui du donataire; c'est ce qui n'a pas lieu lorsqu'on renonce gratuitement à des droits qui vous appartenaient, quand même cette renonciation a pour effet d'enrichir une autre personne. C'est ce que nous allons établir. Les choses corporelles, abandonnées par leur propriétaire, n'appartiennent à personne; le premier occupant peut s'en emparer, parce qu'elles sont susceptibles d'une possession réelle. Les choses incorporelles, au contraire, ne sont susceptibles que d'une possession civile, assujettie dans son principe à des formes légales de transmission; elles ne peuvent donc appartenir au premier occupant. Comme d'ailleurs elles ont une relation à une personne ou à une chose déterminée, il s'ensuit que la renonciation du propriétaire aura pour effet l'affranchissement du débiteur ou de la chose grevée. Il est vrai que, tant que la renonciation n'aura pas été acceptée par les parties intéressées, le propriétaire pourra reprendre son droit, comme

---

1. Zachariæ, tome II, §. 250, p. 75.
2. *Idem* II, §. 224, p. 4.
3. *Idem* II, §. 232, p. 28.

Digitized by Google

l'objet corporel abandonné que personne n'aurait occupé. Mais il n'y a pas ici transmission de la chose du patrimoine d'une personne dans celui d'une autre; il n'y a pas donation entre-vifs. Le Droit romain n'en mit pas moins la remise de la dette au nombre des donations, parce qu'elle constitue une libéralité; mais cette opinion n'a été admise ni par l'ancienne jurisprudence française ni par le Code. Rien en effet dans les dispositions du titre des donations ni dans les discussions qui l'ont précédé, ne pourrait le faire supposer; le Code a d'ailleurs traité de la remise de la dette comme d'un moyen d'éteindre l'obligation, et n'en a pas subordonné l'existence à l'observation des formes voulues pour les donations.

La renonciation peut avoir pour effet d'enrichir une personne, quoique aucun lien juridique ne l'obligeât envers le renonçant. Cela arrive en matière de renonciation à une succession, à un legs. Il n'y a pas donation, parce que les choses qui entrent ainsi dans le patrimoine des cohéritiers ou des héritiers, ne sortent point de celui du renonçant. La loi a d'ailleurs distingué formellement la donation d'une hérédité de la renonciation gratuite. (Art. 780.)

Le commodat n'est pas une donation, parce qu'il n'emporte pas translation d'une chose du patrimoine d'une personne dans celui d'une autre. L'usage gratuit de la chose donnée pourrait, il est vrai, être considéré comme un bien; mais il n'y aurait pas transmission irrévocable de ce bien, puisque le prêteur peut, même avant le temps fixé, se faire restituer la chose prêtée, lorsqu'il en a besoin. (Art. 1889.)

Nous avons dit que la libéralité est un des caractères constitutifs de la donation; ce caractère est plein et entier en cas de donation *pure et simple*. L'existence d'une condition suspensive ou résolutoire attachée à la donation, n'y porte pas atteinte, la donation peut donc être *conditionnelle*.

Mais il arrive que ce caractère est altéré ou modifié au point de changer la nature du contrat. Trois espèces de donations entre-vifs paraissent participer à la nature des contrats commutatifs. Ce sont la *dona-*

Digitized by Google

tion rémunératoire, la donation onéreuse ou modale et la donation mutuelle.

I. La donation rémunératoire est celle qui est faite en récompense d'un service rendu par le donataire. Lorsque la récompense n'excède pas l'équivalent d'un service appréciable en argent et que le donataire avait une action pour se faire payer du donateur, l'acte appelé donation n'en est pas une, c'est une dation en paiement. Il n'est pas même nécessaire que le service rendu ait produit une action, il suffit qu'il ait engendré une obligation naturelle[1], car le paiement d'une obligation naturelle n'est pas sujet à répétition (art. 1235). C'est dans ce sens qu'ont été rendus deux arrêts de la Cour de Colmar.[2]

La donation rémunératrice n'est donc une donation que lorsqu'elle est *le paiement d'une dette morale, ou bien lorsqu'elle excède notablement le prix des services rendus*. Nous disons *notablement*, car le prix des services ne pouvant être déterminé d'une manière absolument exacte, on doit supposer que si la valeur de la donation excède tant soit peu la valeur des services rendus, cela tient à ce que le donateur a trouvé dans le donataire plus dé zèle qu'on n'en trouve ordinairement dans l'acquittement de semblables services et qu'il n'a fait ainsi qu'acquitter une obligation naturelle.

II. La donation onéreuse ou modale est celle à laquelle est attachée une charge qui impose au donataire soit l'obligation d'accomplir une prestation dans l'intérêt du donateur ou d'un tiers, soit celle d'employer la chose à un usage déterminé dans l'intérêt de ces mêmes personnes, soit de la leur restituer. Lorsque la prestation est l'équivalent de la chose donnée, il n'y a pas donation, il y a vente ou échange si la prestation est en faveur du donateur; il y a contrat innommé, si c'est en faveur d'un tiers. A l'égard du tiers qui doit profiter de la

1. Les obligations naturelles se distinguent des devoirs de pure morale, en ce que la raison permettrait d'employer, pour en exiger l'accomplissement, une coercition extérieure dont elle n'autorise pas l'emploi pour réclamer l'exercice de ces devoirs. Zachariæ, II, §. 297, p. 256.

2. Arrêts du 10 déc. 1808 et du 18 juillet 1809, Sir. 1809, 2, 161.

Digitized by Google

prestation, il y aura donation *indirecte* de la part du donateur, à moins que celui-ci ne fasse que s'acquitter d'une dette envers lui. Si au contraire la prestation n'est pas l'équivalent de la chose donnée, il n'y aura donation que pour le surplus, mais comme la donation est indivisible et que la loi d'ailleurs ne mesure pas la sévérité des formes aux taux de la donation, l'acte qui la constatera sera soumis à ces formes [1]. La charge concernant l'emploi de la chose et sa restitution n'enlève à la donation son caractère que dans le cas où il n'y aurait plus aucune libéralité en faveur du donataire, ce dernier ne serait plus alors qu'un mandataire: c'est ce qui n'arrive pas en cas de retour conventionnel ou de substitution (lorsque la loi l'admet), puisque le donataire jouit, sa vie durant, de la chose donnée.

III. Les donations mutuelles sont celles que deux ou plusieurs personnes se font mutuellement par un seul et même acte. Quoique chaque donation soit dans ce cas la condition de l'autre, comme les parties déclarent se faire l'une à l'autre une libéralité et qu'il est impossible de pénétrer dans leurs pensées secrètes, on décide avec raison que la donation mutuelle est un contrat à titre gratuit et qu'elle doit être maintenue au nombre des donations.

Nous avons distingué la donation entre-vifs des actes avec lesquels elle pourrait être confondue; nous avons fait connaître les différentes espèces de donations, les donations pures et simples, les donations universelles ou à titre universel, les donations conditionnelles, indirectes, mutuelles, enfin les donations onéreuses et rémunératoires avec les restrictions que nous y avons mises.

Nous allons, dans le chapitre suivant, traiter des conditions intrinsèques nécessaires à l'existence des donations entre-vifs, nous y traiterons ensuite des formes solennelles requises par la loi pour leur validité, et nous examinerons si toutes les donations entre-vifs sont soumises à ces formalités.

---

1. Compar. requête rej., 4 juin 1834, D., XXXIV, 1, 292.

Digitized by Google

CHAPITRE II.

Des conditions intrinsèques nécessaires à l'existence des donations entre-vifs. — Des formes solennelles requises par la loi pour leur validité. — Des donations entre-vifs dispensées de l'observation de ces formes.

La donation entre-vifs, comme tout autre contrat, exige la réunion des quatre conditions prescrites par l'art. 1106 : 1.° le consentement des parties; 2.° leur capacité de contracter; 3.° un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; 4.° une cause licite dans l'obligation.

Nous traiterons au chapitre suivant de la capacité des parties, du moins en ce qui concerne la capacité d'accepter, la capacité de donner et de recevoir ne rentrant pas dans notre sujet.

Quant à l'objet certain formant la matière de l'engagement, nous avons déjà parlé de la chose donnée et nous aurons encore à en parler au chapitre IV, qui traite de la prohibition de donner les biens à venir.

La cause licite consiste dans la libre détermination du donateur d'exercer envers le donataire un acte de bienfaisance. Il s'ensuit qu'une donation ne peut être attaquée comme fondée sur une cause illicite, sous prétexte que c'est par un motif contraire aux lois ou aux bonnes mœurs que le donateur a été amené à la faire.

Nous avons à traiter plus longuement du consentement des parties. Pour que la donation engage le donateur, elle doit être acceptée par le donataire; jusque là elle n'est qu'une simple pollicitation sans effet juridique (art. 932). Le consentement des parties n'est point valable s'il n'a été donné que par erreur, s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol (art. 1109). Il y a lieu d'appliquer ici les

Digitized by Google

règles communes à tous les contrats. Comme c'est principalement en considération de la personne qu'on donne et qu'on accepte, il s'ensuit que l'erreur sur la personne du donateur ou du donataire serait une cause de nullité. (Art. 1110.)

Ainsi que nous l'avons expliqué dans notre introduction, les lois françaises ont soumis la manifestation de la volonté des parties à des formes solennelles; nous allons faire connaître ces formes telles que les a établies le Droit actuel. La déclaration du donateur de vouloir donner doit, à peine de nullité, être constatée au moyen d'un acte notarié, rédigé dans les formes ordinaires des contrats. Il en est de même de l'acceptation du donataire (art. 931, 932). Les formes imposées à tous les actes notariés par la loi du 25 ventôse an XI, le sont aux actes portant donation. Ces actes sont donc nuls (loi du 25 vent. an XI, art. 68), lorsqu'ils ont été reçus par un notaire incompétent (*id.* 6), ou frappé de suspension ou de destitution (*id.* 52); lorsque le notaire est le parent ou l'allié, jusqu'au troisième degré, d'une des parties contractantes (*id.* 8) ou de l'un des témoins, ou bien si l'un des témoins est le clerc ou le serviteur du notaire (*id.* 10); lorsque l'acte n'a pas été reçu par deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins, citoyens français, sachant signer et domiciliés dans l'arrondissement (*id.* 9); lorsque l'acte n'a pas été signé par les parties, les témoins et les notaires qui doivent en faire mention, et qu'il n'a pas été fait mention que les parties qui n'ont pas signé ne pouvaient ou ne savaient le faire (*id.* 14); enfin, lorsque le notaire n'a pas gardé minute de la donation (*id.* 20 et C. 931).

L'acte notarié, nul pour défaut de forme, ne pourra produire aucun effet, quand même il serait signé des parties, parce que l'art. 1318 du Code, et l'art. 68 de la loi de l'an XI n'accordent dans ce cas aux actes que la force d'écriture privée et que la donation doit être faite par acte authentique. La loi du 24 juin 1843, rendue en interprétation de l'article 9 de la loi de l'an XI exige, pour la validité de la donation entre-vifs, de la révocation de donation et de procurations

Digitized by Google

pour consentir ces actes, que le notaire en second ou les deux témoins soient présents au moment de la lecture des actes et qu'il en soit fait mention à peine de nullité.

L'acceptation de la donation doit être faite par le donataire en *termes exprès* (art. 932, 1). Ni la présence du donataire à l'acte de donation, ni la signature qu'il y aurait apposée n'équivaudraient à une acceptation expresse. Cependant, le terme *accepter* n'est point sacramentel et peut se remplacer par des équipollents; mais il est fort prudent de l'employer; car, dans le doute, l'interprétation doit se faire contre les prétendus équipollents.[1]

L'acceptation peut être faite par un acte séparé revêtu des solennités requises pour la donation (art. 932, 2). Il suit de là qu'une donation où le donataire se serait contenté de signer l'acte notarié sans accepter d'une manière expresse, pourrait être rendue parfaite par une acceptation postérieure, aussi bien que si le donataire n'avait pas comparu au premier acte.

Les parties peuvent comparaître en personne à l'acte de donation ou d'acceptation; elles peuvent aussi se faire représenter par des mandataires porteurs de procurations authentiques passées devant notaires dans les formes prescrites par la loi de 1843. La procuration du donateur doit, aussi bien que celle du donataire, être constatée par un acte authentique. En exigeant un tel acte pour la donation, la loi a voulu s'assurer de l'entière liberté du donateur, et ce but serait manqué si un acte sous seing-privé pouvait suffire pour conférer au mandataire le droit de disposer de la chose du donateur; d'ailleurs la question est décidée par la loi de 1843. Si une procuration sous seing-privé ne suffit pas, il en sera ainsi *a fortiori* d'une procuration verbale et de l'engagement d'un tiers qui accepterait en se portant fort pour le donataire. La procuration du donataire doit porter pouvoir d'accepter la donation faite, ou un pouvoir général

1. Coin-Delisle, sur l'art. 932, n.° 3.

Digitized by Google

d'accepter les donations qui auraient été faites ou qui pourraient l'être. (Art. 933.)

Ce même article porte qu'une expédition de la procuration devra être annexée à la minute de la donation ou à la minute de l'acceptation faite par acte séparé; il ne faut pas en conclure qu'il doive rester minute de la procuration. Il y aurait là une dérogation, impossible à justifier, à la règle générale contenue en l'article 20 de la loi du 25 ventôse de l'an XI. Lorsque la procuration a été reçue en brevet, c'est l'original en brevet qu'on annexe à la minute de la donation ou de l'acceptation.

Lorsque la donation a été acceptée par un acte postérieur, elle est parfaite, mais elle ne produit aucun effet à l'égard du donateur que du jour où l'acte qui constate cette acceptation, lui a été notifié (art. 932). La notification doit être juridique, c'est-à-dire faite par acte d'huissier signifié à personne ou à domicile; mais cette forme n'est pas exclusive de toute autre. La notification serait inutile, si le donateur était intervenu en personne à l'acte d'acceptation, ou s'il avait reconnu, par acte authentique, avoir connaissance de l'acceptation. Cette reconnaissance ne pourrait pas être faite par acte sous seing-privé. Autrement il dépendrait des parties de paralyser l'effet de la donation en détruisant l'acte de reconnaissance.

Voilà trois actes exigés par la loi, donation, acceptation, notification. Quelle est la valeur de la donation après chacun de ces actes et quelle doit être la capacité des parties pour qu'ils soient faits valablement?

La donation, tant qu'elle n'a pas été acceptée en termes exprès, est une simple offre ou pollicitation dénuée de tout effet juridique (art. 932). Cette pollicitation toutefois n'est pas un simple projet, c'est une offre de se dépouiller actuellement, elle doit donc contenir l'expression d'une volonté civile et être faite à une personne capable de l'accepter. La capacité du donateur et celle du donataire sont donc requises lors de la donation. Elles le sont également lors de l'acceptation,

Digitized by Google

puisque c'est par l'acceptation seule que se forme le contrat et qu'il doit y avoir en ce moment là concours de deux volontés civiles.

La donation étant parfaite lorsqu'elle est suivie de l'acceptation, il s'ensuit que c'est à ce moment là que la propriété de la chose donnée passe dans le patrimoine du donataire.[1]

La notification de l'acceptation est une innovation des rédacteurs du Code, nous avons expliqué le motif qui les a portés à l'introduire, c'est afin que le donateur, par défaut de connaissance de l'acceptation, ne fût pas incertain sur sa propriété et ne s'exposât pas à tromper des tiers avec lesquels il pourrait contracter de bonne foi. La donation étant sans effet à l'égard du donateur jusqu'à la notification ou l'acte qui la remplace, on doit en conclure que le donateur peut jusque-là révoquer la donation, aliéner et hypothéquer valablement la chose donnée, et que s'il meurt sans avoir disposé du bien donné, il le transmet à ses héritiers libres de tous les effets de la donation, puisqu'elle n'en a pas produit à son égard. De même, s'il devient incapable, la notification ne pourra plus lui être faite valablement; en effet, comme il n'a plus de volonté légale à cette époque-là, on serait forcé de faire remonter *à son égard* l'effet de la donation au jour de l'acceptation, pour y rencontrer cette volonté, ce qui serait contraire à l'article 932. On ne pourrait savoir d'ailleurs si le donateur n'aurait pas révoqué la donation, s'il fût demeuré dans la plénitude de sa capacité.[2]

La donation dûment acceptée n'en produira pas moins ses effets à l'égard du donataire, il sera propriétaire de la chose, capable de l'aliéner, de l'hypothéquer, sous la condition résolutoire que le possesseur de fait, dans l'intérêt duquel la disposition législative a été prise, ne l'en dépouillera pas. Il s'ensuit que la capacité du donataire

---

1. Vide infra cap. V.

2. Coin-Delisle, sur l'art. 932, n.os 15 et 16.

Digitized by Google

n'est pas exigée à l'époque de la notification, et que la notification peut être faite par ses héritiers ou par ses créanciers, conformément à l'article 1165.[1]

La loi exige une formalité spéciale pour les actes de donation d'effets mobiliers. Ils ne sont valables que pour les effets dont un état estimatif signé du donateur et du donataire, ou de ceux qui acceptent pour lui, aura été annexé à la minute de la donation. (Art. 948.)

Cet article s'applique aussi bien aux donations universelles et aux donations à titre universel, c'est-à-dire de tous les meubles du donateur ou d'une quote de ces meubles, qu'aux donations de certains meubles seulement. Il ne s'applique pas aux choses mobilières de leur nature, mais devenues immeubles par destination, lorsqu'elles sont données avec l'immeuble dont elles sont l'accessoire. Les donations de choses incorporelles y sont également soumises. Mais lorsqu'elles ont pour objet des rentes, ou des créances et des actions contre des tiers, il n'est pas nécessaire que l'état soit estimatif. Il suffit, dans ce cas, d'indiquer, avec le nom du débiteur, le montant du capital nominal ou de la rente annuelle.

L'article 948 porte que l'état doit être annexé, et ne précise pas l'époque jusqu'à laquelle il pourra l'être. Il en résulte que le défaut d'état n'annule pas le contrat de donation, il en paralyse seulement l'effet, tant qu'il n'a pas été réparé.

Du reste, à défaut d'état, la tradition de la chose donnée vaut donation manuelle, si cette chose est susceptible d'une semblable donation (*vide infra*).

La donation étant un contrat solennel régi par la maxime *forma dat esse rei*, il s'ensuit que le défaut d'accomplissement d'une des solennités requises par la loi frappera l'acte d'une nullité radicale, et qu'en aucun cas, on ne pourra prouver contre le prétendu donateur ou donataire l'existence d'une donation, en lui déférant le serment,

---

1. Coin-Delisle, sur l'art. 932, n.os 17 et 18.

Digitized by Google

ni en produisant des témoins, quand même il y aurait commencement de preuve par écrit.

Ce que nous disons là ne porte pas atteinte au principe établi par l'article 1348, al. 4, qu'on peut formuler ainsi : la preuve par témoins est admissible, lorsque la preuve littérale que s'était procurée celui qui invoque la preuve testimoniale, a péri ou a été supprimée par suite d'un cas fortuit ou d'un délit qu'il n'a pas été en son pouvoir de prévenir.[1]

Quoique le Code exige à peine de nullité un acte notarié, il ne fait pas dépendre la donation de la durée de l'existence matérielle de cet acte.

Si donc le notaire a frauduleusement ou par ignorance remis la minute de l'acte de donation ou d'acceptation à l'une des parties, ou s'il l'a supprimée et que la partie lésée n'ait point encore reçu d'expédition, il y aura lieu tout d'abord à examiner en fait si la partie lésée n'aurait pu prévenir cette suppression ou cette remise, si elle n'a pas laissé écouler le temps moralement nécessaire pour se procurer une expédition. Cette preuve pourra se faire par toute espèce de moyens ; si elle est établie, on devra prouver de la même manière la suppression ou la remise de la minute, puis l'observation des solennités exigées par la loi, et enfin le contenu de l'acte de donation.

Si la partie qui veut prouver l'existence et le contenu de l'acte de donation est en possession d'une copie et que la minute soit perdue ou détournée, cette copie fera la même foi que l'original, si c'est une grosse ou première expédition. Il en sera de même d'une copie faite par le notaire qui a reçu l'acte, ou par l'un de ses successeurs, ou par officiers publics dépositaires de la minute, mais alors la copie devra avoir trente ans de date; sinon, elle ne servira que de commencement de preuve par écrit. Enfin toute copie tirée par une personne publique autre que celles que nous venons d'énumérer, ne servira, quelle qu'en soit l'ancienneté, que de commencement de preuve par écrit.

---

1. Zachariæ, tome V, p. 752, §. 765, 2.°

6

Digitized by Google

La transcription de l'acte de donation, sur des registres publics, servira de commencement de preuve par écrit, suivant les prescriptions de l'article 1336.[1]

Le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre-vifs nulle en la forme, il faut qu'elle soit refaite en la forme légale (art. 1339)[2]. On a voulu laisser au donateur la plus entière liberté de renouveler ou non son bienfait, et l'on a pensé qu'il serait plus facile de l'amener à confirmer la donation, qu'à la refaire en la forme légale. La prohibition de la confirmation expresse emporte celle de la confirmation tacite, résultant de l'exécution de la donation, c'est ce qui résulte de l'article 1340.[3]

Toutefois, lorsque la chose donnée est susceptible de donation manuelle et qu'elle a été volontairement livrée par le donateur, ce dernier ne peut plus la répéter, si les vices du contrat lui étaient connus lors de la livraison.

La loi modifie la rigueur de la disposition de l'article 1339, en ce qui concerne les héritiers du donateur qui, plus enclins à critiquer les libéralités faites par leur auteur, ne les ratifieront qu'autant qu'ils auront de bonnes raisons pour le faire. La confirmation ou ratification, ou l'exécution volontaire de leur part emporte renonciation à opposer soit les vices de forme, soit toute autre exception.(Art. 1340.)

Comme la prescription de dix ans, à laquelle sont soumises les actions en nullité, repose sur une présomption de confirmation, cette prescription ne peut être opposée au donateur qui demande la nullité d'une donation entachée d'un vice de forme, mais elle peut l'être à ses héritiers ou ayant cause.

---

1. Lorsqu'il y a commencement de preuve par écrit, le contenu de la donation peut être établi par toute espèce de preuves, après qu'il a été établi de la même manière que les formes voulues par la loi ont été observées dans l'acte de donation.

2. M. Duranton, *Des contrats et obligations*, tome IV, 1365, a adopté la ponctuation de l'art. 1330 que nous avons suivie ici.

3. Une pareille donation ne pourrait servir de juste titre pour l'usucapion de 10 à 20 ans, art. 2267.

Digitized by Google

La donation entre-vifs, comme tout acte translatif de propriété, est soumise à un droit proportionnel d'enregistrement, qui varie suivant la qualité de meuble ou d'immeuble de la chose donnée, suivant le degré de parenté des parties et suivant que la donation est ou non faite par contrat de mariage, ou qu'elle contient ou non partage de biens d'ascendants, entre vingt-cinq centimes et neuf francs par cent francs, non compris le décime de guerre. Les délais pendant lesquels l'enregistrement doit avoir lieu, sont de dix ou quinze jours, suivant que le notaire réside ou non dans la commune où le bureau est établi. Mais le défaut d'enregistrement dans les délais voulus ne donne lieu qu'à une amende et n'altère en rien la validité de la donation.

La règle que les donations entre-vifs doivent, à peine de nullité, être constatées au moyen d'un acte notarié, et acceptées d'une manière expresse, est sujette aux restrictions et aux modifications suivantes:

I. Elle ne s'applique pas aux donations indirectes, c'est-à-dire, aux stipulations faites en faveur d'un tiers, lorsqu'elles sont, soit la condition d'une convention à titre onéreux que le stipulant a conclue dans son propre intérêt, soit une charge d'une donation qu'il a faite au promettant[1]. L'art. 1973 déduit un corollaire de cette proposition en dispensant la constitution d'une rente viagère des formes requises pour les donations, lorsqu'elle est constituée au profit d'un tiers, et que le prix en est payé par une autre personne.

Le stipulant est le maître de révoquer unilatéralement la stipulation aussi longtemps que le tiers n'a pas manifesté l'intention d'en profiter, art. 1121. Cette acceptation du tiers n'est en aucun cas soumise à une forme solennelle; elle peut avoir lieu par acte sous seing privé ou même tacitement[2], elle peut être verbale, sauf les règles relatives à la preuve testimoniale. Elle engage le donateur avant qu'elle lui ait été notifiée, parce qu'il y a en ce moment-là concours de deux volontés,

---

1. Civ. Cass., 28 novembre 1837. Sir. XXXVII, 1, 689.
2. Req. rej., 5 novembre 1818. D. XIX, 1, 220.

Digitized by Google

seule condition exigée pour la perfection des contrats non solennels. La donation indirecte n'en est pas moins une véritable donation; il s'ensuit que le donateur et le donataire doivent être capables de donner et de recevoir à l'époque du contrat principal et à celle de l'acceptation. (Arg. art. 1973 et 1970.)

II. Les choses dont la seule possession suffit pour prouver la propriété, peuvent être valablement données par forme de don manuel, c'est-à-dire, au moyen de la tradition qu'en fait le donateur au donataire dans l'intention de s'en dépouiller actuellement et irrévocablement au profit de ce dernier.

Dans ce cas, en effet, le donataire n'a pas besoin de présenter un acte de donation pour justifier de sa propriété, la possession vaut titre. Or, l'art. 931 ne fait qu'exiger la forme notariée pour les actes portant donation, il ne dit pas que toutes les donations doivent être constatées par acte notarié. Il ne s'applique donc point aux donations qui n'ont pas besoin d'être constatées par un acte.

M. Jaubert, dans son rapport au Tribunat, reproduisant l'observation de d'Aguesseau sur l'art. 1.er de l'ordonnance, a dit formellement que les dons manuels ne sont susceptibles d'aucune forme, qu'il n'y a là d'autre règle que la tradition, sauf néanmoins la réduction et le rapport dans les cas de droit.[1]

La tradition de l'objet donné par don manuel, peut résulter de la simple déclaration de vouloir donner la chose au donataire si celui-ci la possède déjà à titre précaire[2]. Elle peut être faite par une personne interposée. Si cette personne agit comme mandataire du donataire, la donation est parfaite, et ne peut plus être révoquée; si elle est le mandataire du donateur, la donation n'est parfaite que par la remise de la chose au donataire, jusque là le mandat est révocable, il est même révoqué de plein droit par la mort du donateur. (Art. 2003.)

---

1. Locré, page 458, comment. XV, n.° 45.
2. Civ. rej., 22 mai 1822, Sir. XXIII, 1, 92.

Digitized by Google

Les règles relatives à la capacité des parties doivent être observées à l'égard des donations manuelles; il faut d'ailleurs, pour qu'elles soient valables, que le consentement des parties soit exempt des vices qui auraient pour effet de frapper de nullité toute espèce de contrat. Elles doivent également présenter les caractères constitutifs de la donation entre-vifs, l'actualité et l'irrévocabilité. On ne peut donc, par don manuel, faire une donation à cause de mort. (Arg. art. 893.)

Quelles sont les choses dont la seule possession suffit pour prouver la propriété, et qui par conséquent sont susceptibles de don manuel? Ce sont les meubles corporels (art. 2279). Les meubles incorporels, ainsi que nous l'avons déjà dit, ne sont susceptibles que d'une possession civile assujettie dans son principe à des formes légales de transmission. On ne peut considérer comme possesseur d'une créance le possesseur de l'acte instrumentaire qui en constate l'existence. La remise des titres constitutifs du droit cédé ne constitue pas une donation, le prétendu donateur peut demander la restitution de ces titres, sauf à en prouver la remise. [1]

Cette règle s'applique aux créances transmissibles par la voie de l'endossement. Les effets au porteur, au contraire, peuvent être donnés de la main à la main, parce qu'ils se confondent avec la créance qu'ils énoncent. Le porteur d'effets transmissibles par voie d'endossement peut les rendre susceptibles d'être donnés manuellement, en les revêtant d'un endossement régulier du reste, mais où le nom du preneur se trouve en blanc. En les donnant manuellement, il confère au donataire le droit de remplir l'endossement.

III. Les donations faites par contrat de mariage ne sont point soumises à la solennité de l'acceptation expresse, peu importe qu'elles aient été faites aux époux ou à l'un d'eux par des tiers, ou qu'elles l'aient été par les époux l'un à l'autre (art. 1087). La loi en a disposé ainsi, parce que par le fait même de la célébration du mariage, les époux acceptent toutes les clauses du contrat de mariage.

1. Requête rej., 24 juillet 1822, D. XXIII, 1, 428.

Digitized by Google

IV. Les donations faites sous la forme de contrats à titre onéreux sont valables, pourvu que les actes qui les renferment réunissent les formes requises pour la validité des contrats sous l'apparence desquels elles sont déguisées.

La loi, ainsi que nous l'avons déjà dit, ne parle que des actes portant donation, elle ne s'applique donc pas aux donations cachées sous l'apparence de contrats à titre onéreux. Les règles relatives à la capacité des parties n'en devront pas moins recevoir ici leur applications (Arg. art. 911). Si la donation déguisée était établie par un acte non revêtu des solennités exigées pour la donation, qui constaterait un engagement unilatéral sans énoncer de cause d'obligation, cet acte serait à considérer comme non existant. On ne pourrait prétendre que l'acte constate en apparence une convention à titre onéreux, alors qu'il n'énonce pas la cause de l'engagement qu'il renferme.

Les règles relatives aux donations déguisées s'appliquent notamment à la donation déguisée sous la forme de lettre de change, de billet à ordre ou d'endossement de ces effets, avec indication d'une valeur fournie et de la nature de cette valeur.

Quel effet produisent les donations faites ouvertement en souscrivant ces effets, ou en les endossant, lorsque la nature de la valeur reçue est désignée par les mots *valeur pour donation?* Il y a lieu à distinguer :

1.° Le billet à ordre est nul, car il constitue une donation sous seing-privé;

2.° La lettre de change ne constituera qu'un mandat de paiement à l'égard des tiers; à l'égard des parties, elle constituera une donation sous seing privé qui dans le principe n'engagera pas le donateur; mais lorsque la lettre aura été payée, le paiement ne pourra être répété, parce qu'il y aura eu une véritable donation manuelle faite par mandataire, car le tiré est le mandataire du tireur à l'égard du porteur.

3.° En cas d'endossement de la lettre de change ou du billet à

Digitized by Google

ordre avec la mention *valeur pour donation*, il y aura endossement irrégulier, et par conséquent simple procuration de toucher le montant de l'effet (Cod., art. 138, 187). Mais, de même que dans le cas précédent, lorsque le donataire preneur a touché le montant de l'effet, on ne peut le répéter contre lui.

V. Les donations faites à l'étranger, sont valables même pour les immeubles situés en France, sauf les règles relatives à la transcription, lorsque les actes qui les constatent ont été rédigés suivant les formes prescrites par les lois du pays où ils ont été passés.

CHAPITRE III.

De la capacité d'accepter.

En général, toute personne capable de recevoir par donation entre-vifs, l'est aussi d'accepter une donation. Ce principe souffre exception à l'égard de certaines personnes qui ne peuvent accepter sans l'assistance d'autrui, ou pour lesquelles d'autres doivent accepter. Ce sont la femme mariée, le mineur non émancipé et l'interdit, le mineur émancipé, le sourd-muet qui ne sait pas écrire, les personnes morales.

I. La femme mariée, sous quelque régime qu'elle soit placée relativement à ses biens, ne peut accepter une donation sans le consentement de son mari, ou en cas de refus, sans l'autorisation de la justice (art. 934). Il n'y a pas d'exception, comme dans l'ancien droit, pour les donations de biens devant tenir lieu de paraphernaux. Il n'est du reste pas nécessaire que l'autorisation soit donnée par acte authentique; un acte sous seing-privé, tel qu'une lettre missive, suffit. Le concours du mari à l'acte de donation, dans le cas, par exemple, où il est donateur ou codonataire, équivaut à l'autorisation. (Art. 217.)

Digitized by Google

II. La donation faite à un mineur non émancipé ou à un interdit devra être acceptée par son tuteur avec l'autorisation du conseil de famille (art. 935, 463). Si le donataire est un enfant naturel, le tuteur devra être autorisé par le conseil d'amis, qui remplace pour cet enfant le conseil de famille.[1]

III. Le mineur émancipé pourra accepter avec l'assistance de son curateur. (Art. 935.)

La femme mineure ayant pour curateur légal son mari, il s'ensuit qu'elle ne pourra accepter une donation sans l'autorisation et l'assistance de son mari, même avec l'autorisation de la justice.

Pour prévenir le préjudice que peuvent éprouver les mineurs par suite du défaut d'acceptation des donations qui leur sont faites, les rédacteurs du Code ont permis au père, à la mère et aux autres ascendants du mineur émancipé ou non d'accepter pour lui les donations qui lui seraient faites (art. 935). Cette faculté que l'ordonnance attribuait nominativement aux ascendants de l'interdit leur appartient encore, en vertu de l'article 509.

Cette acceptation peut être faite sans l'autorisation du conseil de famille, quand même l'ascendant du donataire serait en même temps son tuteur. Elle peut être faite par les ascendantes sans l'autorisation de leurs maris. Tout ascendant du donataire peut user de ce droit, quand même il en existerait de plus proches que lui.

IV. Lorsque le donataire est un sourd-muet qui ne sait pas écrire, l'acceptation doit être faite par un curateur *ad hoc* nommé par le conseil de famille (art. 936).

Mais il n'y a lieu à nommer un curateur *ad hoc* que lorsque le sourd-muet devrait du reste intervenir lui-même à l'acceptation. S'il est mineur non émancipé ou interdit, l'acceptation sera valablement faite par son tuteur dûment autorisé ou par un de ses ascendants.

V. Les donations faites au profit de personnes morales doivent être

1. Req. rej., 7 juin 1820, D. XX, 1, 417.

Digitized by Google

acceptées par les administrateurs désignés à cet effet par des lois spéciales, après y avoir été autorisés par le Gouvernement. (Art. 937.)

L'acceptation ne peut être faite par la même personne que la donation. Il s'ensuit que si le tuteur veut faire une donation à son pupille, cette donation devra être acceptée par un ascendant ou par le subrogé tuteur; si le curateur veut faire une donation au mineur émancipé, il faudra nommer un curateur *ad hoc* pour assister le donataire dans son acceptation.

Les lois spéciales relatives à l'acceptation des donations faites aux personnes morales, prévoient également le cas où les administrateurs chargés de l'acceptation seraient eux-mêmes donateurs et pourvoient à leur remplacement momentané pour l'acceptation de la donation.

L'acceptation faite par une personne incapable d'accepter valablement, ne produit aucun effet; la nullité qui en résulte peut être opposée non-seulement par l'incapable et ses représentants, mais encore par le donateur lui-même, qui ne doit pas voir sa condition en suspens, alors qu'il n'a agi que pour conférer un bienfait.[1] Lorsqu'une donation faite à un mineur, à un interdit ou à une femme mariée sera nulle pour défaut d'acceptation ou pour toute autre cause, le remboursement de ce que le donateur leur aura payé en conséquence de donation pendant la minorité, l'interdiction ou le mariage, ne pourra en être exigé, à moins qu'il ne soit prouvé que ce qui a été payé a tourné à leur profit. (Art. 1312.)

Mais aussi l'acceptation faite par les personnes chargées de représenter l'incapable ou par l'incapable avec l'assistance ou l'autorisation des personnes dont elle est requise, produira le même effet que l'acceptation faite par une personne capable. (Art. 463, 2, 938.)

Il en est de même de l'acceptation faite par les ascendants, car ils ont agi en vertu d'un mandat légal.

---

1. C'est ce que le tribun Jaubert a exprimé en ces termes : «L'acceptation qui ne lierait pas le donataire ne saurait engager le donateur.» Locré, tome XI, p. 456, 457, comment. XV, n.° 42.

Digitized by Google

L'article 942 porte que les mineurs, les interdits, les femmes mariées ne seront pas restitués contre le défaut d'acceptation ou de transcription des donations, sauf leur recours contre leurs tuteurs ou maris, s'il y échet, et sans que la restitution puisse avoir lieu dans le cas même où lesdits tuteurs et maris se trouveraient insolvables.

Les rédacteurs du Code ont réuni dans un même article plusieurs dispositions empruntées à l'ordonnance, les unes relatives à l'acceptation, les autres à l'insinuation.

Il en est résulté un sens équivoque relativement à la responsabilité du mari. Le mari ne peut être responsable du défaut d'acceptation, puisqu'il n'est point chargé de la faire, qu'il n'est chargé que de l'autoriser, et qu'en refusant son autorisation, il ne fait qu'user d'un droit que la loi lui confère autant dans son intérêt que dans celui de sa femme.

Le tuteur au contraire et le curateur *ad hoc* du sourd-muet sont responsables du défaut d'acceptation, *s'il y échet*, c'est-à-dire quand il y a faute ou négligence de leur part; leur responsabilité a pour base l'obligation que la loi leur impose d'accepter pour le mineur et le sourd-muet. Il en est de même du subrogé tuteur, en cas de donation faite au mineur par son tuteur, puisque ses fonctions consistent à agir pour les intérêts du mineur, lorsqu'ils sont en opposition avec ceux du tuteur. (Art. 420.)

L'ascendant non tuteur n'est pas responsable du défaut d'acceptation; ce n'est en effet pas un devoir, c'est un droit que la loi lui confère, en déclarant qu'il pourra accepter pour le donataire mineur ou interdit.

Le curateur étant donné au mineur émancipé pour l'assister dans certains actes juridiques, entre autres dans l'acceptation d'une donation, il est soumis à la responsabilité générale qu'encourt tout mandataire qui ne remplit pas son mandat (art. 1992). Il sera donc responsable du défaut d'acceptation, s'il n'a pas rendu le mineur émancipé attentif à la nécessité de l'acceptation, ou s'il a refusé son

Digitized by Google

assistance d'une manière intempestive ; car c'est dans l'intérêt du mineur émancipé seul qu'il doit la donner ou la refuser.

Les personnes tenues d'accepter pour les incapables ou de les assister dans leur acceptation sont également responsables du défaut de notification de l'acceptation. La responsabilité résultant de ce défaut-là, incombe également à l'ascendant qui a fait l'acceptation, parce qu'en sa qualité de *negotiorum gestor* il doit continuer sa gestion jusqu'à ce que le propriétaire soit en état d'y pourvoir lui-même (art. 1372, 1373). Il serait de même responsable du défaut de transcription. (*Vide infra.*)

Quoique l'article 942 ne parle pas des personnes morales, tout le monde convient qu'elles ne peuvent être restituées contre le défaut d'acceptation. Si la loi ne parle pas de la responsabilité de leurs administrateurs, c'est qu'ils sont soumis à la responsabilité de leurs fonctions.

CHAPITRE IV.

Des dispositions législatives prises par le Code pour assurer le dépouillement actuel et irrévocable du donateur.

Ces dispositions législatives ont pour objet la prohibition des donations de biens à venir et des stipulations tendant à permettre au donateur d'anéantir ou de diminuer arbitrairement l'effet de la donation.[1]

En parlant des choses qui peuvent faire l'objet d'une donation, nous avons dit que l'on pouvait donner toute espèce de choses qui se trouvent dans le commerce. Les rédacteurs du Code ont mis une res-

1. C'est l'observation de l'ensemble de ces règles juridiques qui constituait *la tradition de droit* dans l'ancienne jurisprudence.

Digitized by Google

triction à ce principe, en prohibant la donation de biens à venir (art. 943), comme incompatible avec un dépouillement actuel et irrévocable.

Quels biens doit-on considérer comme biens à venir? Nous pourrons invoquer ici le témoignage d'un auteur qui a écrit sous l'empire de l'ordonnance de 1731, parce que l'article 943 du Code est la reproduction de l'article 15 de cette ordonnance, à cela près qu'elle n'annule la donation de biens présents et à venir que pour les biens à venir, et qu'elle la laisse subsister pour les biens présents.

Furgole (sur l'article 15 de l'ordonnance) a nettement défini les biens à venir, ceux qui non-seulement ne sont pas au pouvoir du donateur, c'est-à-dire en son patrimoine, mais sur lesquels il n'a alors ni droit quelconque ni action pure ou conditionnelle pour y prétendre.

Ainsi les biens sur lesquels le donateur n'a qu'une simple expectative, tels que ceux qui lui ont été offerts en vente, en échange ou en donation, tant que la propriété n'a pas été transférée par la perfection du contrat, doivent être considérés comme biens à venir. Il en est de même des biens que le donateur pourra être appelé à recueillir dans une succession qui n'est pas encore ouverte. La loi prohibe d'ailleurs toute aliénation de cette dernière espèce de biens et toute stipulation qui y serait relative, même par contrat de mariage. (Art. 791, 1130.)

Au contraire, on doit considérer comme biens présents les biens que le donateur avait acquis sous une condition suspensive ou résolutoire. On doit également considérer comme tels les choses futures qui appartiendront au donateur si elles viennent à naître; par exemple, la récolte d'une pièce de terre dont il est propriétaire ou dont il a la jouissance à titre d'usufruit ou de bail, les intérêts d'une somme prêtée à un tiers, les bénéfices éventuels qu'il pourra retirer d'une société dans laquelle il est intéressé.

La donation entre-vifs comme tout autre contrat, peut être faite

Digitized by Google

à terme ou sous condition. Rien n'empêche de prendre la mort de l'une ou de l'autre des parties pour terme de la délivrance de la chose donnée.

La donation à terme d'une chose déterminée dans son individualité, n'empêche pas qu'il y ait dépouillement actuel et irrévocable de la propriété. Aussi est-il permis au donateur de faire la réserve à son profit ou de disposer au profit d'un autre de la jouissance ou de l'usufruit des biens donnés (art. 949). L'usufruit constitué de cette manière est régie par les règles ordinaires qui le concernent. Lorsque la donation d'effets mobiliers aura été faite avec réserve d'usufruit, le donataire sera tenu, à l'expiration de l'usufruit, de prendre les effets donnés qui se trouveront en nature dans l'état où ils seront (art. 950). Cette partie de l'article 950 est la reproduction de l'article 589 au titre de l'usufruit; mais la suite du même article déroge au principe de droit commun, *res perit domino.* Elle porte que le donataire aura action contre le donateur ou ses héritiers pour raison des objets non existants, jusqu'à concurrence de la valeur qui leur aura été donnée dans l'état estimatif. (Art. 950.)

Le donateur ne pourra donc se dispenser de payer la valeur de la chose mobilière, en prouvant qu'elle a péri entre ses mains ou entre celles du tiers qui en avait l'usufruit, par cas fortuit ou par suite de l'usage auquel elle était destinée[1]. D'un autre côté, le Code dispense le donateur qui s'est réservé l'usufruit de la chose donnée, de fournir caution. (Art. 601.)

Lorsque la donation à terme a pour objet une chose déterminée quant à son espèce seulement, d'une somme d'argent, par exemple, la rédaction peut être conçue en termes qui fassent douter que la donation porte sur des biens présents. Il en serait ainsi en cas de donation d'une somme d'argent à prendre sur les biens que laisserait le

1. Zachariæ, tome II, §. 228, note 8. Comparez art. 453.

Digitized by Google

donateur à son décès; mais c'est là une question de fait et d'interprétation.[1]

La donation peut être faite sous une condition suspensive ou résolutoire. Il y a lieu à appliquer ici les règles générales relatives aux obligations contractées sous condition. Toutefois une dérogation importante leur a été apportée. Les conditions impossibles ou contraires aux lois ou aux mœurs, qui en général rendent nuls les contrats qui en dépendent (art. 1172), sont réputées non écrites quand elles sont attachées à une donation entre-vifs. (Art. 900.)

Toutefois l'existence de certaines conditions prohibées par la loi annule la donation, ce sont les conditions suspensives ou résolutoires qui laissent directement ou indirectement au donateur le pouvoir, soit de révoquer la donation, soit d'en neutraliser ou d'en restreindre l'effet. (Art. 944-947.)

La donation est nulle lorsqu'elle est faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur (Art. 944.); car le donateur aurait le pouvoir de révoquer la donation en faisant manquer la condition.

Elle est également nulle quand elle est faite sous la condition d'acquitter les dettes futures et non déterminées que le donateur pourrait contracter (art. 945). Mais il est permis de stipuler que le donataire payera toutes les dettes présentes du donateur ou une quote-part de ces dettes. Il est censé en avoir pris connaissance ou s'être fié à la loyauté du donateur. Du reste, comme il est un tiers par rapport aux dettes, la date des actes sous seing-privé constatant les dettes du donateur, doit être rendue certaine à son égard par les moyens indiqués en l'article 1328.

Les donations universelles ou à titre universel des biens présents n'étant que des titres particuliers de succession, il s'ensuit que dans

---

1. Requête rej., 1.er mars 1821, D., XXI, 1, 191.

Digitized by Google

ces sortes de donations le donataire n'est pas soumis de plein droit à l'obligation de payer les dettes du donateur.

Néanmoins, dans certains cas, on peut considérer cette obligation comme résultant d'une condition tacite attachée à la donation; mais c'est là une question de fait et d'appréciation. Il en serait ainsi dans le cas où la donation porterait sur tous *les biens* du donateur ou sur une quote-part de ses biens, en vertu du principe *bona non sunt nisi deducto œre alieno*.

Il est également permis de stipuler que le donataire payera les dettes futures du donateur, lorsqu'elles sont exprimées dans l'acte de donation ou dans un état signé des parties et annexé à cet acte; dans ce cas, en effet, le donateur ne peut les augmenter ni neutraliser ainsi l'effet de la donation (art. 947). Il n'est pas nécessaire que le montant de la dette soit exprimé, il suffit que la cause en soit exprimée, pourvu qu'il ne soit pas au pouvoir du donateur d'en augmenter la quotité. De même, il est permis de stipuler que le donataire payera les dettes du donateur jusqu'à concurrence d'une somme fixée. (Arg., art. 946.) L'obligation de payer les dettes du donateur est une stipulation au profit d'un tiers, régie par l'article 1121. Le donateur peut donc unilatéralement libérer le donataire de cette obligation tant que le créancier n'a pas manifesté l'intention d'en profiter.

Lorsque le donateur s'est réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation ou d'une somme fixe sur les biens donnés, s'il meurt sans en avoir disposé, ledit effet ou ladite somme appartiendront aux héritiers du donateur, nonobstant toutes clauses contraires. (Art. 946.) Cet article s'applique à la donation faite sous condition de payer les dettes futures du donateur, jusqu'à concurrence d'une somme fixée. Il y a en effet réserve au profit du donateur d'une somme fixe sur les biens donnés.

Pour que la réserve établie par le donateur ait pour effet de diminuer nécessairement la donation, il faut que le donateur ait stipulé le droit de l'exercer à son gré et arbitrairement. Il en serait

Digitized by Google

autrement si elle était éventuelle et indépendante de la volonté du donateur; dans ce cas la donation serait conditionnelle, en ce qui concerne la réserve, et la chose appartiendrait au donataire, si la réserve n'était pas exercée.

Le Code dispense les donations faites par contrat de mariage et celles que se font les époux pendant le mariage de l'observation des articles 943 à 946, art. 947.

CHAPITRE V.

De l'effet des donations entre-vifs.

La donation dûment acceptée est parfaite par le seul consentement des parties, et la propriété des objets donnés est transférée au donataire, sans qu'il soit besoin de tradition.[1] (Art. 938.)

Ce principe qui régit la transmission de toute espèce de droits en général est soumis à différentes restrictions on modifications, que nous allons faire connaître. Les premières sont communes à tous les contrats translatifs de propriété, la dernière est propre à la donation.

I. En cas de donation d'une chose mobilière à l'égard de laquelle la possession vaut titre, lorsque le donateur a mis un acquéreur de bonne foi en possession réelle de cette chose, cet acquéreur en demeure propriétaire, quand même son titre est postérieur en date. (Art. 1141.)

II. Le donataire d'une créance n'en devient propriétaire au regard des tiers, que par la notification de l'acte de donation au débiteur, ou par l'acceptation du transport faite par ce dernier dans un acte authentique. (Art. 1690, 1691.)

III. La transmission des titres de rente sur l'état par suite de do-

---

1. Le Code porte *sans qu'il soit besoin d'autre tradition.* C'est un vestige de l'ancienne distinction entre la *tradition de droit* et la *tradition de fait.*

Digitized by Google

nation est soumise à des règles spéciales, de même que la transmission à titre onéreux.

Le donataire doit présenter au bureau des transferts l'ancien extrait d'inscription et un certificat de propriété contenant ses nom, prénoms et domicile, la qualité en laquelle il procède et possède, l'indication de sa portion de rente et l'époque de sa jouissance. Le certificat de propriété doit être délivré par le notaire dépositaire de la minute et être dûment légalisé. Le nouvel extrait est délivré au donataire et le trésor est déchargé.[1]

IV. En cas de donation de choses déterminées quant à leur espèce seulement, il ne peut y avoir transmission immédiate de la propriété.

V. Le principe établi par l'article 938 est soumis à une restriction, qui dans le droit actuel n'existe que pour la donation entre-vifs.

Lorsqu'il y aura donation de biens susceptibles d'hypothèques, la transcription des actes contenant la donation et l'acceptation, ainsi que la notification de l'acceptation qui aurait eu lieu par acte séparé, devra être faite aux bureaux des hypothèques dans l'arrondissement desquels les biens sont situés. (Art. 939.)[2]

Le défaut de transcription pourra être opposé par toutes personnes ayant intérêt, excepté toutefois par celles qui sont chargées de faire faire la transcription, ou leur ayant-cause et le donateur. (Art. 940.)

Les redacteurs du Code ont puisé ces deux articles dans la loi de l'an VII sur les hypothèques et dans les articles 30 et 31 de l'ordonnance relatifs à l'insinuation.

Certains auteurs ont conclu de là que la transcription a remplacé l'insinuation, et que le défaut en peut être opposé par les héritiers du donateur. M. Touillier, au contraire, prétend que les articles 939 et 941

1. Loi du 28 floréal an VII, art. 6 et 7.

2. Les immeubles susceptibles d'hypothèques sont les fonds de terre et les bâtiments, l'usufruit de ces mêmes objets, et leurs accessoires réputés immeubles, article 2118, de plus les mines (loi du 21 avril 1810, art. 8 et 19), ainsi que les actions immobilisées de la banque de France et de la compagnie des canaux d'Orléans et de Loing (décret du 16 janvier 1808, art. 7, et décret du 16 mars 1810, art. 13).

Digitized by Google

ont été rédigés dans un sens tel, qu'ils pussent s'appliquer à toute espèce de système hypothécaire, et il en conclut que la transcription des donations est régie par les mêmes principes et produit les mêmes effets que celle des autres actes translatifs de propriété.

Aucun de ces deux systèmes ne peut être admis. Le Code a virtuellement aboli l'insinuation; si l'article 941 défend à certaines personnes d'opposer le défaut de transcription, de même que les articles 30 et 31 de l'ordonnance leur défendaient d'opposer le défaut d'insinuation, on ne peut en conclure que toutes les règles relatives à l'insinuation, soient applicables à la transcription. D'un autre côté, on ne peut admettre avec M. Touillier, que la transcription n'ait été établie par l'article 949 que comme une formalité conseillée par la prudence à ceux qui voudraient purger les priviléges et hypothèques antérieurs à la translation de propriété. Les termes de l'article 949 sont impératifs.

Pour interpréter sainement les articles 949 et 951, il faut se reporter au système de la loi de l'an VII sur la transmission des biens, système dont le Code a fait une application dans ces deux articles.

Il faut donc décider que la transcription seule confère au donataire un droit réel sur l'immeuble donné, que par conséquent le défaut de transcription pourra être opposé par les tiers, c'est-à-dire par ceux qui, avant la transcription, ont contracté avec le donateur et acquis de son chef un droit réel sur la chose donnée. Mais il ne peut être opposé par le donateur, qui est tenu personnellement de livrer la chose donnée, ni par ses héritiers ou successeurs universels, qui sont tenus de toutes les obligations contractées par leur auteur.

Comme le second acquéreur doit avoir acquis un droit réel sur l'immeuble donné pour être préféré au donataire qui n'a pas fait transcrire la donation, il faut décider que :

1.° Tout acquéreur à titre onéreux, porteur d'un acte ayant une date certaine antérieure à la transcription, peut opposer le défaut de transcription.

Digitized by Google

2.° Il en est de même de toute personne à qui le donateur, postérieurement à la première donation, a donné l'immeuble susceptible d'hypothèques, et qui a fait transcrire cette nouvelle donation.

3.° Ceux qui du chef du donateur ont acquis sur l'immeuble donné un droit d'usufruit, d'usage, d'habitation ou de servitude, peuvent également opposer le défaut de transcription, avec la distinction que nous avons établie entre les actes d'acquisition à titre onéreux et ceux à titre gratuit.

4.° Les créanciers hypothécaires peuvent prendre inscription jusqu'à la transcription et même dans la quinzaine qui suit. (Pr. 834.)

5.° Les créanciers chirographaires peuvent, jusqu'à la transcription, saisir l'immeuble donné et annuler la donation à leur égard en faisant transcrire la saisie. (Pr. 692.)[1]

La transcription peut être requise par toute personne intéressée. Elle peut être faite à toute époque, même après le décès du donateur.

La femme mariée (art. 940) et le mineur peuvent la requérir sans autorisation. Leurs parents et amis auraient également qualité pour la faire opérer. (Arg. art. 2139 et 2194.)

Les incapables ne peuvent, en aucun cas, se faire relever contre le défaut de transcription, pas plus que contre le défaut d'acceptation (art. 942). Aussi la loi a-t-elle imposé l'obligation de faire opérer la transcription des donations qui leur sont faites, à certaines personnes responsables envers le donataire, du dommage qu'il peut éprouver par suite du défaut d'accomplissement de cette formalité. (Art. 940, 942.)

Ces personnes sont toutes celles que la loi rend responsables du défaut d'acceptation et du défaut de notification; leur responsabilité est réglée de la même manière (art. 942)[2]. Toutefois, la responsabilité pour défaut de transcription existe aussi à l'égard du mari, parce que l'article 940 le charge spécialement de la faire opérer.

---

1. Le donataire peut user, il est vrai, du bénéfice de l'article 693 du Code de procédure.

2. Vide supra chap. III, p. 50.

Digitized by Google

Les personnes chargées de requérir la transcription et leurs ayant cause ne sont jamais admis à se prévaloir du défaut d'accomplissement de cette formalité. (Art. 941.)

Que faut-il entendre par ayant cause? Ce sont d'abord les héritiers et successeurs universels qui sont toujours tenus des obligations de leur auteur.

A l'égard des successeurs à titre particulier et des créanciers des personnes chargées de requérir la transcription, il y a une distinction à établir:

1.° Si la donation a été faite par leur auteur ou débiteur, qui était en même temps chargé de faire opérer la transcription[1], ils peuvent opposer le défaut de transcription. En effet, il s'agit pour eux de faire déclarer inefficace un acte d'aliénation qui anéantirait ou diminuerait leurs droits comme acquéreurs ou comme créanciers. Ils sont donc ici des tiers à l'égard du donateur par rapport au donataire; peu importe que le donateur fût en même temps chargé de faire opérer la transcription, puisqu'ils ne sont pas tenus de ses obligations en général.

2.° Si la donation au contraire a été faite par un tiers, les successeurs à titre particulier et les créanciers sont les ayants cause de la personne chargée dé requérir la transcription, puisqu'ils tiennent leurs droits de cette personne qui ne se confond pas ici avec le donateur; ils ne pourront donc, aux termes de l'article 941, opposer le défaut d'accomplissement de cette formalité.

Ceux qui peuvent opposer le défaut de transcription, peuvent s'en prévaloir, quand même ils auraient par des voies quelconques obtenu connaissance de la donation[2], à moins qu'il n'y eût concert frauduleux arrêté entre elles et le donateur. (Arg., art. 1382.)

---

1. La qualité de donateur n'empêche pas une personne d'être responsable envers le donataire du défaut d'acceptation, de notification ou de transcription de la donation, lorsqu'elle se trouve au nombre des personnes chargées par la loi de veiller à ces différents actes.

2. Montpellier, 9 mai 1843: Sir. XLIV, 1, 187.

Digitized by Google

Le donataire, outre les actions réelles qui lui compètent en sa qualité de propriétaire de la chose donnée, jouit, en vertu du contrat, d'une action personnelle contre le donateur et ses héritiers, aux fins d'obtenir la délivrance de la chose donnée et de ses accessoires.

La délivrance de la chose donnée doit être faite suivant les prescriptions des articles 1604 et suivants, qui s'appliquent à tous les contrats translatifs de propriété. Toutefois, les articles 1612 et 1613 ne peuvent s'appliquer qu'aux donations onéreuses ou mutuelles, et non aux donations pures et simples, qui n'imposent pas au donataire l'obligation de fournir une prestation.

D'un autre côté, le donataire est tenu d'exécuter les conditions et charges de la donation, et ne peut s'en dispenser en renonçant à la chose donnée.[1]

La donation entre-vifs n'oblige pas le donateur à la garantie pour cause d'éviction totale ou partielle de la chose donnée, excepté dans les cas suivants :

1.° Lorsqu'il l'a formellement promise;

2.° Lorsqu'elle est le résultat d'un fait personnel au donateur, quand il a aliéné ou hypothéqué la chose donnée depuis la donation ou la notification de l'acceptation faite par acte séparé et avant la transcription;

3.° Lorsqu'il s'agit d'une donation onéreuse ou rémunératoire; dans ce cas, le donateur doit la garantie jusqu'à concurrence du montant des charges ou de la valeur des services rendus, parce que ces donations sont des contrats à titre onéreux dans la mesure que nous venons d'indiquer.

---

1. Vide supra chap. IV, p. 55.

Digitized by Google

CHAPITRE VI.

Du droit de retour conventionnel.[1]

Le droit de retour, en général, est le droit en vertu duquel une chose transmise à titre gratuit retourne sous certaines conditions soit à celui dont elle provient, soit à ses descendants. Il est conventionnel ou légal. Nous n'avons à traiter que du droit de retour conventionnel, c'est-à-dire de celui qui a lieu en vertu d'une clause du contrat de donation.

Il peut être établi par tout donateur, même par ceux au profit de qui la loi a établi le retour légal.

Comme c'est une dérogation au Droit commun, il doit être établi par l'acte de donation lui-même, et ne peut être considéré comme résultant des rapports qui existent entre les parties.

Il ne peut être établi qu'au profit du donateur seul (art. 951). Que décider du cas de retour conventionnel stipulé au profit d'autres personnes? Y a-t-il là une condition contraire aux lois, mais qui, suivant l'article 900, est réputée non écrite et n'altère pas la validité de la donation, ou bien y a-t-il substitution, et la donation elle-même est-elle nulle, conformément à l'article 896?

Quand le donateur a stipulé le retour au profit *de ses héritiers* ou au profit *d'un tiers*, il y a substitution et la donation est nulle.

Au contraire, lorsqu'il l'a stipulée à la fois à son profit et à celui de ses héritiers, la clause est réputée non écrite à l'égard de ces derniers, et la donation subsiste ainsi que le droit de retour conventionnel stipulé au profit du donateur.

---

1. Le retour conventionnel ne porte pas atteinte à l'irrévocabilité de la donation entre-vifs; il la fait seulement dépendre d'une condition résolutoire.

Digitized by Google

Le droit de retour conventionnel peut être stipulé pour le cas du prédécès du donataire (art. 951); dans ce cas, l'existence d'enfants de ce dernier ne fait pas obstacle au droit de retour.

Le droit de retour peut être stipulé pour le cas du prédécès du donataire et de ses enfants à l'infini, ou jusqu'à un degré déterminé.

Le droit de retour stipulé en termes indéfinis ne s'opérera qu'autant que le donataire et toute sa postérité décéderont avant le donateur.

Le droit de retour stipulé pour le cas où le donataire prédécéderait sans enfants est éteint, lorsqu'il existe des enfants à la mort du donataire.

On ne doit point considérer comme descendants faisant obstacle au droit de retour, les enfants naturels ou adoptifs dont la reconnaissance ou l'adoption est postérieure à la donation[1]. Il n'entrait pas en effet dans les vues du donateur de permettre au donataire d'empêcher le droit de retour suivant son bon plaisir.

Le droit de retour conventionnel a pour effet de révoquer la donation *ex tunc,* c'est-à-dire de résoudre toutes les aliénations des biens donnés, et de faire revenir ces biens au donataire, francs et quittes de toutes charges et hypothèques. (Art. 952.)

Cet effet du droit de retour conventionnel ne peut pas avoir lieu à l'égard des meubles que le donataire aurait aliénés et livrés à des tiers de bonne foi. (Art. 2279.)

L'article 952 y impose une autre restriction, en maintenant l'hypothèque de la dot et des conventions matrimoniales, si les autres biens de l'époux donataire ne suffisent pas, mais dans le cas seulement où la donation lui aura été faite par le même contrat de mariage, duquel résultent ces droits et hypothèques.

Nous n'examinerons pas cette restriction au principe de la révocation *ex tunc* de la donation, parce qu'elle a rapport aux donations par contrat de mariage, ce qui ne rentre pas dans notre sujet.

---

1. Zachariæ, t. V, §. 700, p. 312.

Digitized by Google

DROIT ADMINISTRATIF.

Organisation de l'instruction primaire.

L'organisation de l'instruction primaire est réglée par la loi du 25 mars 1850, et par différents décrets rendus postérieurement par le Président de la République. Cette loi n'a été exécutoire qu'à partir du 1.er septembre 1850, en vertu de l'article 84. Elle a été modifiée par le décret organique du 9 mars 1852; nous ferons connaître ces modifications en tant qu'elles touchent aux dispositions que nous avons à expliquer.

L'organisation de l'instruction primaire comprend: 1.° les matières faisant l'objet de l'enseignement primaire; 2.° les conditions d'exercice de la profession d'instituteur; 3.° l'organisation des écoles primaires communales; 4.° les institutions complémentaires; 5.° l'établissement des autorités préposées à la surveillance et à la discipline de l'instruction primaire.

Digitized by Google

CHAPITRE PREMIER.

Des matières qui font l'objet de l'enseignement primaire.

L'enseignement primaire comprend l'instruction morale et religieuse, la lecture, l'écriture, les éléments de la langue française, le système légal des poids et mesures. Il peut comprendre, en outre, l'arithmétique appliquée aux opérations pratiques, les éléments de l'histoire et de la géographie, des notions des sciences physiques et de l'histoire naturelle applicables aux usages de la vie, des instructions élémentaires sur l'agriculture, l'industrie et l'hygiène, l'arpentage, le nivellement, le dessin linéaire, le chant et la gymnastique (art. 23, L. 1850). Il comprend, en outre, les travaux à l'aiguille dans les écoles de filles. (Art. 48, *ibid.*)

Cette énumération que fait la loi des matières comprises dans l'enseignement primaire ne s'applique pas seulement aux écoles publiques, mais encore aux écoles privées ou libres. L'instituteur primaire libre n'est pas tenu, il est vrai, de suivre ce programme, sauf ce qui concerne l'instruction morale et religieuse; mais s'il en dépassait les limites, il pourrait être puni comme exerçant illégalement la profession d'instituteur secondaire. On ne pourrait décider en sens opposé qu'il suffit de ne pas remplir ce programme, pour ne pas être considéré comme exerçant la profession d'instituteur primaire. C'est en vertu d'une exception formellement insérée dans la loi que les personnes, qui dans un but charitable, *et sans exercer la profession d'instituteur,* enseignent à lire et à écrire aux enfants, avec l'autorisation du délégué cantonal, ne sont pas considérées comme tenant école. (Art. 29, *ibid.*)

Digitized by Google

CHAPITRE II.

Des conditions d'exercice de la profession d'instituteur public ou libre.

La loi reconnaît l'existence de deux espèces d'écoles primaires : 1.° les écoles fondées ou entretenues par les communes et qui prennent le nom d'*écoles publiques ;* 2.° les écoles fondées et entretenues par des particuliers ou des associations et qui prennent le nom d'*écoles libres.* (Art. 17, L. 1850.)

Tout Français, âgé de 21 ans accomplis, peut exercer dans toute la France la profession d'instituteur primaire, public ou libre, s'il est muni, soit d'un brevet de capacité [1], soit du diplôme de bachelier, soit d'un certificat constatant qu'il a été admis dans une des écoles spéciales de l'état [2], soit d'un certificat de stage délivré par le Conseil académique [3]; à l'égard des institutrices les lettres d'obédience tiendront lieu de brevet de capacité. (Art. 25, 47, 49, *ibid.*)

Les individus qui ont subi une condamnation pour crime ou pour un délit contraire à la probité ou aux mœurs, les individus privés par jugement de tout ou partie des droits mentionnés en l'article 42 du Code pénal, et ceux à qui la profession d'instituteur a été interdite,

1. Le brevet de capacite est conféré par une commission de sept membres nommée chaque année par le conseil académique; parmi ces sept membres doivent se trouver un inspecteur de l'enseignement primaire, un ministre du culte professé par le candidat et deux membres de l'enseignement public ou libre. (Art. 46, l. 1850.)

2. Un décret du Président de la République du 31 mars 1851 a réglé la forme de ces certificats.

3. Le certificat de stage est délivré par le conseil académique à ceux qui justifient avoir enseigné pendant trois ans au moins les matières comprises dans la première partie de l'art. 23, dans les écoles publiques ou libres autorisées par le conseil académique à recevoir des stagiaires. (Art. 47, L. 1850.)

Digitized by Google

sont incapables de tenir une école publique ou libre ou d'y être employés. (Art. 26, L. 1850.)

Toute personne qui veut exercer la profession d'instituteur et ouvrir une école libre, doit en faire la déclaration au maire de la commune où il veut s'établir. Cette déclaration est faite à la mairie sur un registre spécial. Elle doit porter la désignation du local et l'indication des lieux où l'instituteur a résidé et des professions qu'il a exercées pendant les dix années précédentes. Elle doit être accompagnée : 1.° de l'acte de naissance de l'instituteur, 2.° du titre exigé pour exercer la profession d'instituteur. La déclaration est signée par le maire et par l'instituteur. Une copie en est immédiatement affichée à la porte de la mairie et y demeure pendant un mois.

Dans les trois jours qui suivent, le maire adresse au recteur les pièces jointes à la déclaration et un certificat constatant que la déclaration a été affichée. Il visite ou fait visiter, dans le même délai, le local destiné à l'école et délivre à l'instituteur trois copies légalisées de sa déclaration. Il fait mention, s'il y a lieu, au bas de ces copies de son refus d'approuver le local et des motifs sur lesquels cette opposition est fondée. L'instituteur remet une de ces copies au procureur de la République et une autre au préfet ou au sous-préfet. Il remet la troisième copie au recteur de l'académie, avec les récépissés que le procureur de la République et le préfet ou le sous-préfet sont tenus de lui donner.

A l'expiration du mois qui suit la déclaration de l'instituteur, le maire transmet au recteur les observations auxquelles elle peut avoir donné lieu, ou l'informe qu'il n'en a pas été reçu à la mairie. Le recteur peut faire opposition à l'ouverture de l'école dans l'intérêt des bonnes mœurs. Cette opposition est notifiée à l'instituteur. Il y est statué, sans recours, par le conseil académique, ainsi que sur l'opposition du maire, portant désapprobation du local. L'affaire est jugée par ce conseil, après que l'instituteur a été dûment cité dans les trois jours qui précèdent le jugement. A défaut d'opposition, l'école peut être

Digitized by Google

ouverte sans autre formalité. (Loi de 1850, art. 27 et 28; décret du 7 oct. 1850, art. 1, 2, 3 et 4.)

Celui qui ouvrirait ou dirigerait une école primaire sans réunir les conditions de capacité exigées par la loi, serait jugé et puni par le tribunal de police correctionnelle, conformément à l'article 29 de la loi de 1850. L'école devrait être fermée. La même pénalité est attachée au fait d'ouvrir ou de diriger une école sans avoir fait la déclaration nécessaire, sans avoir attendu l'expiration du délai d'un mois, ou bien sans tenir compte d'une opposition dûment notifiée ou d'une décision du conseil académique qui aurait accueilli cette opposition.

Les instituteurs communaux sont nommés par le recteur, le conseil municipal entendu, et choisis, soit sur une liste d'admissibilité et d'avancement dressée par le conseil académique, soit sur la présentation qui est faite par les supérieurs pour les membres des associations religieuses vouées à l'enseignement et autorisées par la loi. Les consistoires jouissent du droit de présentation pour les instituteurs appartenant aux cultes non catholiques. (Art. 31, loi de 1850, modifié par le décret du 9 mars 1852, art. 4.)

CHAPITRE III.

Organisation des écoles primaires communales.

L'enseignement primaire est donné gratuitement à tous les enfants dont les familles sont hors d'état de le payer (art. 24, loi de 1850). La liste des enfants qui doivent recevoir l'enseignement gratuit est dressée chaque année par le maire, de concert avec les ministres des différents cultes. Cette liste est approuvée par le conseil municipal et définitivement arrêtée par le préfet. (Loi de 1850, art. 45.)

Toute commune doit entretenir une ou plusieurs écoles primaires. Deux ou plusieurs communes peuvent, avec l'autorisation du conseil

Digitized by Google

académique, se réunir pour entretenir une école. Toute commune peut, avec la même autorisation, se dispenser d'entretenir une école publique, à condition de pourvoir dans une école libre à l'enseignement gratuit de tous les enfants dont les parents ne peuvent y subvenir. Des écoles séparées seront établies pour les enfants des deux sexes ou appartenant aux différents cultes reconnus, à moins d'une autorisation contraire donnée par le conseil académique. (Art. 36, 51, 15, L. 1850.)

Toutefois la séparation des enfants des deux sexes n'est exigée que dans les communes de huit cents âmes et au-dessus, et lorsque les ressources de la commune lui en fournissent les moyens. Il en est autrement lorsqu'il existe dans la commune une école publique ou privée de filles. En cas de réunion de plusieurs communes pour l'enseignement primaire, le conseil académique, après avoir pris l'avis des conseils municipaux, peut décider que l'école de garçons et l'école de filles seront dans deux communes différentes. (L. 1850, art. 51 et 52.)

Le conseil municipal peut, avec l'autorisation du conseil académique, exiger que l'instituteur communal donne, en tout ou en partie, à son enseignement les développements dont il est parlé à l'article 23 de la loi de 1850.

Toute commune doit fournir à l'instituteur un local convenable, tant pour son habitation que pour la tenue de la classe et un traitement (art. 37, *ibid.*). Ce local doit, avant l'ouverture de l'école, être visité par le délégué cantonal, et par l'inspecteur de l'arrondissement, si plusieurs communes veulent se réunir pour l'entretien d'une école. Le délégué et l'inspecteur adressent leur rapport au conseil académique (art. 8, décret du 7 octobre 1850). Lorsque le local, destiné à l'habitation de l'instituteur et à la tenue de l'école, ne convient pas à l'usage auquel il doit servir, le préfet peut, après avoir pris l'avis du recteur et du conseil académique, mettre en demeure la commune de faire exécuter les travaux nécessaires et les faire ensuite exécuter à ses dépens; il peut aussi louer un autre local. (Art. 9, *ibid.*)

Digitized by Google

Le traitement de l'instituteur communal se compose : 1.° d'un traitement fixe, qui ne peut être inférieur à 200 francs; 2.° du produit de la rétribution scolaire; 3.° d'un supplément accordé à tous ceux dont les appointements réunis n'atteignent pas 600 francs (L. 1850, art. 38). Les conseils municipaux délibèrent, chaque année, sur le taux de la rétribution scolaire et sur le traitement de l'instituteur. Ces délibérations sont transmises par le préfet au conseil académique qui statue définitivement. (Décret du 7 octobre 1850, art. 19.)

La rétribution scolaire est perçue dans les mêmes formes que les contributions directes d'après les rôles fournis par l'instituteur, signés par le maire et rendus exécutoires par le préfet (art. 22, *ibid.*). Néanmoins le conseil académique peut, de l'avis conforme du conseil général, autoriser l'instituteur communal à percevoir lui-même la rétribution scolaire (art. 41, L. de 1850). A la fin de l'année, il est procédé à un décompte à l'effet de constater si l'instituteur communal a reçu le minimum de traitement voulu par la loi. (Art. 27, *ibid.*)

A défaut de revenus suffisants de la commune, les dépenses sont couvertes au moyen de centimes additionnels votés par le conseil municipal, et en cas d'insuffisance, par le conseil général. Les centimes additionnels, votés par la commune, ne peuvent excéder le chiffre de trois; ceux qui sont votés par le département, le chiffre de deux. A défaut de votes, l'imposition sera établie par un décret du pouvoir exécutif. Si les ressources de la commune et du département sont insuffisantes, le ministre de l'instruction publique accordera une subvention sur le crédit qui sera porté annuellement au budget de l'État pour l'enseignement primaire. (L. de 1850, art. 40.)

Digitized by Google

CHAPITRE IV.

Des institutions complémentaires de l'instruction primaire.

Les rédacteurs de la loi de 1850 ne se sont pas bornés à l'organisation des écoles primaires, ils ont porté leur attention sur les institutions qui doivent servir de complément à ces écoles. Ces institutions sont les écoles normales primaires, les pensionnats primaires, les écoles d'adultes et d'apprentis et les salles d'asile.

I. Tout département doit pourvoir au recrutement des instituteurs communaux, en entretenant des élèves-maîtres. Ces élèves-maîtres peuvent être formés, soit dans les établissements d'instruction primaire désignés par le conseil académique, soit dans les écoles normales primaires. Ces écoles normales sont établies par le conseil général. Les matières de l'enseignement, les conditions d'entrée et de sortie des élèves, celles relatives à la nomination du personnel sont déterminées par un règlement délibéré en conseil supérieur. Le conseil général peut supprimer les écoles normales; elles peuvent aussi être supprimées par le Ministre de l'instruction publique, sur le rapport du conseil académique. (L. 1850, art. 35.)

II. Les conditions et les formalités requises par la loi pour ouvrir ou diriger une école primaire le sont également pour ouvrir un pensionnat primaire; de plus l'instituteur doit être âgé de 25 ans au moins et avoir exercé pendant cinq ans au moins la profession d'instituteur ou de maître dans un pensionnat primaire. Les instituteurs communaux ne peuvent ouvrir de pensionnat qu'avec l'autorisation du conseil académique. (Art. 53, *ibid.*)

III. La loi s'occupe des écoles d'adultes au-dessus de dix-huit ans et d'apprentis au-dessus de douze ans. Il peut être créé des écoles communales d'adultes et d'apprentis. Le conseil académique désigne

Digitized by Google

les instituteurs chargés de les diriger. Les élèves des deux sexes ne peuvent être réunis. Les écoles libres d'adultes et d'apprentis ne peuvent être ouvertes que par les instituteurs capables d'ouvrir une école primaire libre, et en observant les formalités que nous avons exposées au chapitre II. (Art. 54, 55, *ibid.*)

IV. Les salles d'asile sont destinées à recevoir les enfants encore trop jeunes pour être reçus dans une école primaire. Elles sont publiques ou libres. Le conseil municipal nomme, sauf l'approbation du conseil académique, les personnes chargées de la direction des salles d'asile publiques. (Art. 57, L. 1850.)[1]

CHAPITRE V.

Établissement des autorités préposées à la surveillance et à la discipline de l'instruction primaire.

L'inspection des établissements d'instruction publique ou libre est exercée par les inspecteurs généraux, par les recteurs, par les inspecteurs de l'enseignement primaire, par les délégués cantonaux, par le maire et par le curé, le pasteur ou le délégué du consistoire israélite. (Art. 18, L. 1850.)

L'inspection des écoles publiques s'exerce conformément aux règlements délibérés en conseil supérieur (art. 21, *ibid.*); celle des écoles libres porte sur la moralité, l'hygiène, la salubrité et sur l'enseignement, mais seulement pour vérifier s'il n'est pas contraire à la morale, à la Constitution et aux lois.

Deux inspecteurs généraux de l'instruction primaire, nommés par le président de la République, sont chargés de l'inspection des écoles

---

1. La loi de 1850 avait annoncé deux décrets, l'un sur l'organisation des salles d'asile, l'autre sur celle des écoles de filles, mais ils n'ont pas été rendus.

Digitized by Google

communales ou libres (décret du 9 mars 1852, art. 1, 6). Il y a en outre dans chaque canton un inspecteur de l'enseignement primaire choisi par le Ministre. (*Ibid.*, art. 4; L. 1850, art. 20.) Les délégués cantonaux sont nommés pour trois ans par le conseil académique; il y en a un ou plusieurs par canton; ils correspondent avec le conseil académique et les autorités locales. (L. 1850, art. 42.) Les ministres des différents cultes sont spécialement chargés de surveiller l'enseignement religieux de l'école. L'entrée leur en est toujours ouverte.

Les instituteurs libres sont placés sous la juridiction disciplinaire des conseils académiques. Ils peuvent, pour cause de faute grave dans l'exercice de leurs fonctions, d'inconduite ou d'immoralité, être censurés, suspendus pour six mois ou interdits de l'exercice de leur profession dans la commune; ils peuvent même être frappés d'une interdiction absolue, sauf appel devant le conseil supérieur de l'instruction publique. (L. 1850, art. 30.) Les chefs de pensionnats primaires, d'écoles d'adultes et d'apprentis, ainsi que les personnes chargées de diriger une salle d'asile, sont soumis à la même juridiction.

Il en est de même des instituteurs communaux. De plus, ils peuvent être réprimandés, suspendus ou révoqués par le recteur. En cas de révocation, ils ne peuvent plus exercer la profession d'instituteur dans la même commune. En cas d'urgence, le maire peut suspendre provisoirement l'instituteur communal, à charge d'en informer immédiatement l'inspecteur de l'instruction primaire et d'en référer dans les deux jours au recteur. (L. 1850, art. 33; décret du 7 octobre 1850, art. 17.)

Vu par le professeur soussigné,
président de la thèse.
Strasbourg, le 11 novembre 1852.
ESCHBACH.

Digitized by Google

pprobatio.

Digitized by Google

Univ. of Heidelb. 2:32
5: / 3. 1, 5

NATALICIA
DIVI CAROLI FRIDERICI
BADARUM QUONDAM MAGNI DUCIS

DIE XXIII. NOVEMBRIS MDCCCLVII

PARSONS LIBRARY University of MICHIGAN

AB

ACADEMIA HEIDELBERGENSI

RITE PIEQUE CELEBRATA

SIMULQUE

PRAEMIA COMMISSIONIBUS VICTRICIBUS DECRETA

NOVASQUE QUAESTIONES PROPOSITAS

RENUNTIAT

ACHILLES RENAUD,

JURIS. UTRIUSQUE. DOCTOR. MAGNO. DUCI. BADARUM. A. CONSIL. AULIC. JURIS. PROFESSOR. PUBL. ORD.

UNIVERSITATIS H. T. PRORECTOR.

Disseritur de originibus juris civilis Franco-Gallici.

HEIDELBERGAE.

TYPIS GEORGII MOHR.

MDCCCLVII.

Digitized by Google

Digitized by Google

Praefecti urbis nostrae clarissimi!

Viri summe venerabiles!

Jurium consultissimi!

Experientissimi, amplissimi!

Clarissimi, doctissimi!

Commilitones humanissimi!

Auditores omnium ordinum aestumatissimi!

Jam redeunte die solemni, quo secundum consuetudinem hujus universitatis literariae natalicia CAROLI FRIDERICI, Divi Principis, qui Ruperto-Carolam instauravit, publica oratione celebrantur, delegi, de quibus dissererem, origines juris civilis Franco-Gallici. Quod argumentum, etsi jam ab aliis tractatum,[1] non solum magni momenti mihi esse videbatur praesertim in civitate, quae Franco-Gallorum legibus regitur, sed etiam aptissimum ad concelebrandam Memoriam Augustissimi Principis, cujus Manibus hodie debitus honor habetur, quum hujus auspiciis atque jussu Codex Napoleoneus in communem Badarum legem receptus fuerit.

Ut vero quaestionem propositam solvere possimus, oculos in juris conditionem veteris Galliae conjiciamus necesse est.

Pervulgatum est, inde a saeculo tertio decimo veterem Franciam juris, quo regebatur, ratione, in duas partes, — in provincias juris scripti ad meridiem vergentes, et in provincias juris consuetudinarii, quae septentriones atque mediam regni partem amplectebantur, divisam esse.[2] Minus vero constat, quae fuerit hujus regionum descriptionis, quod ad leges attinet, ratio. Plerumque quidem dicunt, in provinciis juris scripti corpus juris civilis in complexu receptum, atque solum jus commune

Digitized by Google

fuisse, — in provinciis vero juris consuetudinarii leges Romanorum nec in complexu receptas, nec solas, sed cum jure Germanico conjunctas jus commune effecisse. [3] Quam tamen sententiam nullis argumentis firmatam esse, facile mihi est demonstrare. Et primum quidem Romanorum leges in provinciis juris scripti nequaquam in complexu receptas fuisse, satis patet ex literis Philippi regis, usque ad hodiernum diem magis quam par est neglectis, quas anno millesimo trecentesimo secundo de studio juris civilis atque canonici in literarum universitate Aurelianensi edidit.

Quarum literarum verba haec sunt:

„Super negotiis et causis forensibus, quae spiritualitatem et fidei sacramenta „non tangunt, regnum nostrum consuetudine et moribus praecipue, non „jure scripto regitur; licet in partibus ipsius regni quibusdam subjecti, ex „permissione nostrorum progenitorum et nostra, juribus scriptis utantur in pluribus, „non ut juribus scriptis ligentur, sed consuetudine juxta juris „scripti exemplar moribus introducta."

Magno vero errore etiam ii ducuntur, qui docent, juris scripti et consuetudinarii provincias legis communis, cui utrasque paruisse putant, diversitate discretas fuisse, quum neutrae unam rempublicam efficerent, ideoque jus commune ipsismet proprium habere non possent.

Ex contrario jam a primis temporibus praeter magnam jurium particularium, ut dicunt, frequentiam reperimus jus commune universi regni, quod saepius in antiquis literarum monumentis generalis regni consuetudo appellatur [4]. De cujus juris communis natura veteres jureconsulti jam maxime controversabantur. Sic, ut exemplo, quae dixi, firmem, Duck in libro: „de usu et auctoritate juris civilis Romanorum in dominiis principum Christianorum" refert, saeculo decimo sexto duos senatus Parisiensis Primarios, Petrum Lizetum et Christophorum Thuanum in controversia versatos esse, in qua Lizetus contendebat, jus civile Romanorum esse Gallorum jus commune, ideoque consuetudines et constitutiones, quae essent jus Gallicum, esse jus strictum stricteque interpretandum; — Thuanus vero dicebat, consuetudines esse Gallorum jus commune, jus vero romanum tantum ra-

Digitized by Google

tionis scriptae in Gallia locum habere. — Hodie vero vix in dubium revocari potest, quin lex communis regni Franco-Gallorum jure romano et germanico simul constiterit, — ut taceam de jure canonico, quod secundum literas Philippi regis, quas supra memoravi, in negotiis et causis forensibus, quae spiritualitatem et fidei sacramenta tangebant, juris scripti vigore in omni Gallia valebat, et de constitutionibus regum, quae minoris erant momenti ad jus privatum. — Continebat vero jus illud commune tum communia instituta, tum communem doctrinam. Communia autem erant instituta, quae fundatam in tota Gallia habebant intentionem; ut exempla afferam, ex jure romano testamenta, ex jure germanico testamenti executores, — tum saisina sine apprehensione haeredibus acquisita secundum regulam „mortuus saisit vivum", quam veteres scriptores atque monumenta generalem regni consuetudinem appellant. [5] — Communis vero doctrinae utebantur praeceptionibus, ubi dijudicandae causae non sufficiebant juris particularis leges, aut de quibus partes convenerant. Tum quidem dijudicabantur juris romani instituta ex Romanorum legibus, germanica autem secundum juris germanici praeceptiones ex illorum ratione deductas. Quae praecepta cum institutis, quae spectabant, jus commune efficiebant consuetudinarium, vel, ut Beaumanoir dicit[6]: „droit qui est communs à toz ès coustumes de France", — quae erat pars quidem juris communis Franco-Gallorum, sicut jus commune germanicum privatum pars juris Germaniae communis est.

Quodsi igitur quaerimus, quae fuerit Galliae regionum in provincias juris scripti et consuetudinarii descriptionis ratio, hanc invenimus inter eas diversitatem, quod in his jure germanico, in illis jure romano saepius utebantur, quum et major romanorum institutorum numerus in his receptus[7], et germanicae consuetudines rariores atque minus perfectae essent[8], et juris germanici instituta non frequenter tabulis et pactis conventis adhiberentur; sic, ut exemplum afferam, Merlin in opere „répertoire de jurisprudence" refert[9], testamenti executores, quibus crebrius in septentrionibus utebantur, in provinciis juris scripti raro institutos esse.

Jam de juris conditione in veteri Franco-Gallorum regno dicta breviter colligam. Existebant tum in regionibus ad meridiem vergentibus, tum in septentrionibus regni

permulta jura particularia germanicae originis; ut vero haec in his regionibus erant frequentiora, ita in illis plures Romanorum leges valebant. In complexu autem corpus juris civilis nusquam erat receptum, quare jus Romanorum in universum nihil praecipui habebat, nisi quod germanica quoque instituta ratione figurae sibi quodammodo subjecerat; sic ex. gr. saisina juris germanici ad notiones juris in re atque possessionis ex jure romano depromtas revocata erat; — tum romanorum doctrina de servitutibus ad juris germanici onera realia atque jura regalia adhibebatur.

Haec fuit juris in Gallia conditio usque ad rerum publicarum conversionem anno millesimo septingentesimo octagesimo nono, imo usque ad annum MDCCCIV, quo Codex Napoleoneus promulgatus est, quum ad hoc tempus usque regni in provincias juris scripti et consuetudinarii descriptio duraverit.

Illius vero Codicis fundamentum veteris Galliae leges fuisse, primo adspectu intelligitur, hodieque vix credibile videatur, quomodo Germaniae jurisconsulti aliquamdiu eum Codicem legum sola ratione nitentium dicere potuerint. Re vera enim Codex Napoleoneus paucissimas continet doctrinas, quae non nitantur fundamento historico; inter quas inprimis numeranda praecepta de matrimonio solo conjugum consensu solvendo, quae cum Romanorum bona gratia divortio, novella constitutione CXXXIV jam abrogato, minime cohaerent.

Duo autem ex rerum natura spectare debebant Quatuorviri, quibus codex legum ad jus privatum pertinentium conficiendus erat.

Primum enim occurrendum erat juris ambiguitati, quae et in controversiis de vi juris romani aut germanici, et in eo quod jus commune magnam ad partem memoria tantum populi custodiebatur, causam habebat.

Hoc vero ita demum consequi poterant, si conficerent legum codicem, ex quo solo judices causas dijudicarent, ita ut nec propter Codicis silentium aut obscuritatem ad alia omnia confugere iis liceret [10].

Tum vero illos Quatuorviros legibus antiquis, quae tam diversitate provinciarum juris scripti et consuetudinarii, quam numerosis juribus particularibus laceratae essent, unam et quidem generalem legem substituere oportebat.

Digitized by Google

Hoc autem eo tantum consequi poterant, ut novum codicem ex legum jam existentium materie conficerent. Accuratius dicam, quod volo: generalis Franciae lex in historiae fundamentis posita ita modo confici poterat, ut veteris juris communia instituta in Codicem redigerentur, residuae vero corporis lacunae institutis particularibus eorumque communi doctrina explerentur. Ut autem juris illius particularis, ut dicunt, codificatione variarum Galliae regionum incolae a moribus consuetudinibusque, quibus ab antiquis temporibus regebantur, quântum fieri posset, minime avellerentur, novo codice recipiendae erant singulorum institutorum diversae in juribus particularibus figurae, quibus ex voluntate sua quisque uti posset. Quod, ut exemplum afferam, in Codice Napoleoneo circa bonorum rationem conjugum effectum est. Ubi vero talem tribuere pactis conventis auctoritatem ex rerum natura non licebat, illa anteponenda erant particularia instituta, quae in majore regni parte vigebant. Ita etiam explicandum est, cur consuetudinis Parisiensis, quae per magnam Franciae partem valebat, tanta fuerit in conficiendo legum Codice auctoritas.

De qua re vir juris consultissimus Tronchet, unus ex legi dicundae Quatuorviris, in Senatu ita locutus est:

> „Le Code civil doit faire cesser cette diversité qui semblait diviser la „France en plusieurs nations; mais comme il ne s'agit pas de rompre les „habitudes des Français, et que le législateur est réduit à choisir, il a „semblé juste de préfèrer les habitudes les plus universelles, qui sont celles „des pays coutumiers."

Fontes igitur praecipui juris privati Franco-Gallorum hodierni sunt Romanorum atque Germanorum leges [11]; quum cetera veteris Galliae juris elementa in redigendo Codice Napoleoneo multo minorem vim habuerint. Quod imprimis, ut jam diximus, de regum edictis valet, tum etiam de veterum parlamentorum usu, ex quo in hodierno jure modo depromta est mors civilis [12], quae quidem, ut verbo hoc moneam, Romanorum doctrina de capitis deminutione media atque maxima exculta est, minime vero a germanico instituto, quod vulgo „Friedlosigkeit" appellatur, ut nonnulli opinantur, originem ducit. Jus tandem canonicum de aliis

Digitized by Google

maximam partem causis statuebat, quam quae in codice civili definiendae erant; ubi vero ita non accidit, veluti matrimonii ac divortii respectu, — libertatis amori, quo Franco-Galli incensi erant, nimis repugnabant ecclesiae leges, quam ut in conficiendo Codice Napoleoneo magna earum vis esse potuisset[13]. —

Minime nunc id specto, ut omnium institutorum atque praeceptionum, quae in Codice gallico continentur, originem singulatim ostendam; quod si facerem, Vestra, Spectatissimi Auditores, patientia amplius aequo abuterer. Quin orationem meam in angustias ita compellam, ut gravissima tantum, quaeque adhuc neglecta fuerint, premam.

Perlustrantes primum rationem et artem, qua singulae in Codice Napoleoneo doctrinae ordinatae sunt, vix in dubium vocare possumus, quin ad imaginem Justiniani Institutionum efficta sit. Codicis enim nostri liber primus de jure statuens personarum primi Institutionum libri instar de vario hominum statu, de matrimonio, de patria potestate, aliis, tum in extremis literis de tutelis agit. Incipit secundus Napoleonei Codicis nec non Institutionum Caesarearum liber titulo „de rerum divisione"", quem, variis acquirendi dominii modis pertractatis, sequuntur de servitutibus praecepta. Tertii Codicis nostri atque Institutionum libri primus titulus est „de hereditatibus"; tum in utroque de obligationibus agitur. Intercalatus vero est in Franco-Gallorum legibus titulus de donationibus et testamentis, quae in Justiniani Institutionibus in secundi libri fine pertractantur. Quartum librum Napoleoneo Codici deesse minime mirabimini reputantes, obligationum ex delicto doctrinam, qua ultimus Institutionum liber incipit, ob minorem illarum in hodierno jure gravitatem cum aliis obligationum figuris in tertium librum collatam, — de actionibus vero titulos, deficiente hodierni temporis legibus actionum arte, omnino omissos esse.

Verum jus romanum non solum argumenti dispositione, sed etiam ratione formae, qua illud vestitum est, magnam ad conficiendum Codicem Napoleoneum vim habuit. Sic, ut exemplis quae dixi probem, lex Gallica peculiari Romanis more inter jus et possessionem distinguit, ad easque species saisinam juris germanici revocavit; — tum discernit inter jura in re et obligationes, inter in rem et in personam actiones[14], quare multum errant qui affirmant, jus Franco-Gallorum

Digitized by Google

hodiernum pro in rem actionibus tantum in rem scriptas habere [15]. Minime tamen nego, distinctionem illam inter in rem et in personam actiones nostro Codice non eadem ac in Romanorum legibus constantia servatam esse, ut jam ex eo liquet, quod interdum emtor fundi, etsi ea lege non emerit, stare debet colono, cui prior dominus locavit [16]. Porro vi, quam jus romanum ratione formae ad Codicem Napoleoneum habuit, tribuendum, quod hic de servitutibus personarum statuens usum et habitationem tamquam coordinata et diversa genera distinguit, quamvis hanc ceterum pro usus specie habeat. Denique, ut alia silentio praetereamus, — voces contractus et pacta, quas in Codice nostro invenimus, romanae sunt originis, quamvis a consuetudine latini sermonis recedens verbum contractus in Codice Gallico quamque conventionem principalem, pactum vero conventum modo adjectum significet.

Jam ut dicamus de vi et effectu, quem non formae sed ipsius argumenti ratione Romanorum leges in Franco-Gallorum legum Codicem habuerint, discernamus necesse est inter jus romanae civitatis proprium vel jus civile, et inter leges, quae ideo Romanae appellantur, quod primo Romae enuntiatae sunt, quibus vero, quum naturalis ratio inter omnes homines eas constituerit, omnes gentes utuntur, jus scilicet gentium; — quae quidem distinctio ideo facienda est, quod noster quoque Codex jurium privatorum alia ad jus civile, alia ad jus gentium refert. Has leges in Codicem Napoleoneum receptas esse, ultro liquet: eo pertinent dominii, servitutum, nec non plurium contractuum instituta horumque doctrina [17], — licet tantum absit, ut Romanorum de obligationibus compositum artificium apud Franco-Gallos totum receptum sit, ut apud hos Germanorum lex valeat, qua fides modo data atque accepta causam obligationis civilem generat.

Sed etiam ex jure Romanorum civili nonnulla instituta, etsi quodammodo mutata, hic liber legum recepit, quibus cives soli uterentur [18]. His accensenda sunt privilegia dotis, adoptio [19], usucapio, conjugis superstitis succedendi jus ex ordine „unde vir et uxor“, alia.

Jam tempus est ad alteram quaestionis, quam instituimus, partem accedendi. Designabimus Codicis nostri ex germanico jure depromta elementa.

Digitized by Google

Primum magnam ad jus personarum vim Germanorum mundium habuit. In cujus fundamento posita est Codicis Napoleonei patria potestas, quam aliter ac ex jure romano deficiente patre mater exercet, utens fruens illo mortuo bonis liberorum[20]. Quod etsi antiquo Germanorum juri contrarium est, accomodatum tamen est figurae mundii in medii aevi consuetudinibus, inter quas, ut hoc exemplum afferam, consuetudo Rhemensis saeculi tertii decimi haec verba continet: „mortuo patre liberi in mainburnia matris remanent“[21]. Solvitur autem patria potestas Germanorum more, simulatque liberis haud amplius utilitati est; quod tempus ex Codice gallico, hic quoque non antiquum jus, sed consuetudines sequenti[22], venit, si liberi matrimonium inierunt aut majorem attigerunt aetatem[23], id est impleto aetatis anno vicesimo primo, ut jam edictis Sancti Ludovici regis statutum[24].

Mundii quoque fundamento nituntur rationes, quae inter maritum et uxorem intercedunt, imprimis, quod uxor sine mariti consensu nec in judicio stare, nec alienare, ne acquirere quidem potest[25]. Porro etiam bonorum communio, quae, nisi alia lege matrimonium inierint, inter conjuges constat[26], et ususfructus, quem maritus in bonis uxoris habet, si tabulis nuptialibus communio exclusa, separatio tamen bonorum non pacta est[27] ex mundio illo sequi mihi videntur, ex quo maritus „sicut in mulierem, ita et de rebus ejus potestatem habet“[28].

Jam ut ad jus circa bona me convertam, ad leges Germanorum referenda est ex consuetudinibus[29] depromta divisio non solum rerum corporalium sed etiam incorporalium, id est jurium et actionum, in res mobiles et immobiles[30].

Maximam vero in hodiernum jus privatum vim Germanicum saisinae institutum habuit. Etenim inde primum explicatur, quomodo jus in re immobili sola conventione in alium transferri possit[31]. Hujus enim legis originem in eo invenimus, quod in plerisque veteris Galliae consuetudinibus, — exceptis illis, quae „de saisine et de nantissement“ appellabantur, paulatim solemnis tradendae saisinae vestitura adeo in desuetudinem abierat, ut clausula traditionis vel quasi traditionis tabulis contractus coram tabulario inscripta sufficeret[32], quae vana sane formula in Codicem nostrum nequaquam recepta est. — Ad saisinam quoque referenda est celeberrima nostri Codicis lex his fere verbis concepta: „in rebus mobilibus

possessio valet pro titulo", ex qua dominium rei mobilis sola possessionis apprehensione acquiritur, vindicatio autem tantum ob rem furto ablatam aut deperditam locum habet[33]. Nec minus saisinae instituto explicatur, quod heredes, ut Pauli de Castro ad l. XXX D. de acquir. possess. verbis utar, in possessionem defuncti succedunt, quae transfertur in eos sicut et dominium; — nam eadem haec est sententia veteris proverbii „mortuus saisit vivum", quod illustrissimus Cujacius „vocem de via collectam" dicit[34]. — Ex germanico etiam jure depromta est annua possessio, quae ad interdicta requiritur[35]; quum Germanorum moribus accomodatum sit, id tantum pro legitimo habere ideoque usque ad contrarii probationem tueri, quod per annum et diem duraverit[36]. Quantum vero illa populi propria juris elementa germanica ad hunc usque diem apud Francos valeant, ex eo apparet, quod summum Lutetiae Parisiorum rescindendis sententiis judicium, contra legis adeo verba, dejecto colono remedium spolii dat.

Sed ne longus sim, sola adhuc attingam transcriptionis nec non inscriptionis instituta, ex Germanorum lege, secundum quam in rebus immobilibus jura palam tradenda erant, depromta, licet transcriptio minime ad transferendum jus in re, sed duntaxat ad acquirenda commoda removendaque incommoda quaedam necessaria sit[37], — hypothecarum vero inscriptio non constanter requiratur[38].

Restat, ut pauca de germanicis juris circa mortis causa successiones originibus dicam. Quod jus quum peculiari Germanorum more in gentiliciae conjunctionis fundamento positum sit, inde explicatur, quomodo Codice legum nostro inter legitimos heredes et alios ab intestato successores distinguatur. In illos enim, ad quos consanguinei tantum legitime nati referuntur, possessio atque dominium rerum defuncti statim transfertur; — alii successores, velut liberi extra matrimonium nati et conjux superstes, in bona mitti debent[39]. Porro legitimis heredibus constanter tota defertur hereditas, ita ut hi aliis ab intestato successoribus iisque, qui mortis causa donati sunt, portiones eorum tradant. Quo explicatur peculiaris testamenti franco-gallici nec non germanici natura, Romanorum codicillo ab intestato similis, quum ex illo scripti portiones suas e manibus heredum legitimorum accipiant, neque heredis institutio ad testamentum necessaria sit[40]. Distinguitur

Digitized by Google

tamen Codice nostro inter lineae rectae et transversae consanguineos. His testator totius hereditatis saisinam, qua illos excludere nequit, aufert instituendo ex asse legatarium, qui ipso defuncto omnium bonorum possessionem atque dominium, legitimi heredis instar, acquirit. Donare porro, cui ex recta linea heredes sunt, certam modo partem bonorum potest, dum ex transversa linea cognatis omnia detrahere ei licet[41].

Alia germanicae consuetudinis vestigia invenimus in testamenti executorum instituto, quod dubia testamentorum prioris temporis auctoritate natum est[42]; — tum in ascendentum cum ex latere venientibus successione in lineas[43], in pactis successoriis, quae vero ut jam ex consuetudine generali saeculi sexti decimi in tabulis nuptialibus tantum permissa[44], aliisque.

Sed jam tempus urget, quare ad ea me convertam, cujus potissimum causa convenimus, renuntiaturus nomina eorum, qui in certaminibus academicis, a CAROLO FRIDERICO immortalis memoriae principe institutis, palmam reportarunt. Antea tamen pro more consueto, quae nostrae literarum universitati anno praeterlapso acciderint, breviter exponam.

Rectori nostro magnificentissimo, FRIDERICO MAGNO BADARUM DUCI, natus est filius primogenitus, illustrissimae Zaringiorum stirpis spes. Quae res quanta laetitia nostrorum animos perfuderit, academia nostra, intimo vinculo cum Principum domo conjuncta, ut amatissimo Magno Duci nuntiarent, prorectori et quatuor decanis mandavit. Qui gratulabundi a clementissimo Principe non solum benignissime excepti, sed etiam, ut huic universitati honos haberetur, jussi sunt, sacro baptismati filii Principis in spem imperii geniti interesse.

Sed alia quoque beneficia FRIDERICUS, Princeps noster clementissimus, in hanc academiam per annum praeterlapsum contulit.

Subvenit enim rebus nostris ita, ut summam ex aerario dari juberet, qua Ruperto-Carolae necessitatibus suppeditaretur.

Digitized by Google

Insignibus Leonis Zaringiae equestribus condecoravit collegas nostros aestumatissimos BUNSEN, HUNDESHAGEN, MOHL, LANGE, HÄUSSER, viro jure consultissimo DE VANGEROW insignia secundae classis illius ordinis tribuit.

Pariter Rectoris nostri Magnificentissimi gratia universitati nostrae hoc anno professores extraordinarii adscripti sunt, ordini jureconsultorum JULIUS JOLLY, ordini medicorum ADOLPHUS KUSSMAUL, nec non philosophorum ordini viri doctissimi THEODORUS SCHLIEPHAKE, GUSTAVUS LEONHARD et AUGUSTUS FRIDERICUS BORNTRÄGER.

Privatim docendi facultas data est doctoribus, in ordine jureconsultorum FRIDERICO VERING, in ordine medicorum GUILELMO WUNDT, tum in philosophorum ordine GEORGIO DE HOLLE, EMILIO ERLENMEYER et JOANNI HENRICO MEIDINGER.

A nobis discesserunt doctores, ex ordine jureconsultorum HERMANNUS FITTING ad capessendum munus professoris extraordinarii Basileam vocatus, ex ordine philosophorum MAXIMILIANUS NELL.

Auditorum nostrorum numerus commilitonum per duo novissima semestria receptorum numero fere par exstitit. Omni vero laude digna est tranquillitas et legum observantia civium academicorum, qua muneris nostri curae multum hucusque nobis levatae sunt. Neque dubito, quin in illa optima via ad ipsorum salutem et universitatis nostrae splendorem permaneant; — quod ut ita sit, ex intimo animi sensu opto precorque.

Temperare mihi non possum, quominus paucissimis verbis adhuc mentionem faciam piae causae, a nobilissima muliere EMMA OBERMAYER fundatae, ex qua ad concelebrandum diem supremum filii EDWINI, juvenis optimae spei, nostri olim commilitonis, quem immatura mors abripuit, quotannis stipendium quadringentorum florenorum uni ex civibus academicis, ordini jureconsultorum nostro adscriptis, tribuitur.

Neque silentio tandem praetermittam donum quingentorum florenorum, in honorem nuptiarum clementissimi Principis MAGNI DUCIS FRIDERICI cum amatissima

Domina LUISA, a viro, qui nomen suum profiteri noluit, factum, e cujus usuris quotannis theologiae studiosus e dioecesi Eppingen sustentaretur.

Hic quoque gratias reddam viro doctissimo de academia nostra bene merito HAUTZ, Magno Duci Badarum a consiliis aulae, qui non solum dictarum, sed omnium piarum causarum, quibus haec universitas fruitur, instrumenta fundationis et statuta collegit eademque typis exprimi curavit.

Jam accedamus ad quaestiones anno praeterlapso propositas.

Ordo theologorum hanc quaestionem proposuerat.

„Exponatur controversia de vi et usu traditionis in ecclesia, ita quidem, „ut tam origines ejus saeculo sexto decimo enarrentur, quam quae nostro „aevo ea de re disputata sunt, dijudicentur."

Una oblata est dissertatio, inscripta Chrysostomi verbis:

„παράδοσις ἐστί, μηδὲν πλέον ζήτει".

de qua Ordo theologorum hanc tulit sententiam:

„Auctor cum quaestionem ab Ordine, ut ipsi quidem videbatur, arctioribus finibus circumscriptam ex superiore quodam loco considerandam ejusque terminos multo amplius proferendos esse professus sit, in aliam plane rem inquisivit atque Ordo ab eo proposcerat. Inde factum est, ut illis quaestionibus, ad quas tractandas magnitudine quadam ingenii excitatus sese accinxit, parem se non exhiberet neque id, quod suum erat, satis accurate et circumspecte perscrutaretur singularumve rerum rationem haberet idoneam. Gravissimarum notionum explicatione neglecta ne ipsius quidem traditionum notionis origines ex historia satis illustravit; in rebus historicis haud raro graviter peccavit; ubi sobrie in res ipsas indagandum erat, praecoci saepe levitate judicavit; longinqua petendi studio abreptus operis volumen longe prolixius extendit; mira quaedam et plane nova proferre, res pusillas grandibus effari verbis cupidus formularum copia lectorem obruit, patrium sermonem novis plane, partim ex latina lingua petitis, partim ab auctore ipso effictis vocabulis foedavit. His de causis ordo commentationem praemio ornandam esse non censuit. Nihilominus cum auctor in re sua magna diligentia et multimodo studio versatus

Digitized by Google

sit, theologicarum literarum et veterum et recentiorum cognitionem haud spernendam comprobaverit, magnum rerum apparatum in justum quendam ordinem redegerit neque judicio ac sagacitate in aliquibus locis destitutum se exhibuerit, his omnibus religiose perpensis honorifica mentione dignam esse commentationem existimavit. Accedat igitur auctor intra bidui spatium ad directorium academicum, ut schedula reclusa nomen suum in Prorectoris magnifici oratione typis expressa appareat."

Postulaverat Philosophorum Ordo, ut exponeretur:

„Quid Tacitus de philosophorum suae aetatis placitis senserit."

„Tres juvenes, quod valde laetamur, in arenam descenderunt certaturi: qui omnes laudabili studio ac diligentia in hac quaestione tractanda versati sunt, neque vero pari successu. Etenim is, qui verba:

Periculum est credere et non credere

Erit ille tibi notus, quem per te cognoveris

libello suo adscripsit, quaestionis propositae vim atque ambitum vix perspexit neque eam attulit philosophiae antiquae cognitionem, qua, qui hanc ad quaestionem solvendam accedit, instructum esse oportet. Itaque licet Taciti scripta diligenter perlegerit indeque singulos quosdam ad quaestionem propositam pertinentes locos attigerit, tamen id, quod summam rei continet, neglexit neque ullo modo ad quaestionem propositam respondisse putandus est. Latina, qua utitur, oratio facilis quidem est intellectu, sed minus pura vernaculamque linguam hic illis redolens.

Alter, qui libellum nobis exhibitum inscripsit verbis:

Fortes enim non solum fortuna adjuvat, ut est in vetere proverbio, sed multo magis ratio, quae quibusdam quasi praeceptis confirmat vim fortitudinis;

quaestionis vim melius perspexit eamque tribus partibus solvere studuit, minus ipsius Taciti scripta secutus quam recentioris aetatis virorum doctorum disputationes; qui cum in Ethica philosophiae parte fere una versatus reliquas partes praetermitteret neque Stoicorum aliorumque illius aetatis philosophorum eam, quam debebat, rationem haberet neque eorumdem placita cum Taciti sententiis accurate contenderet,

Digitized by Google

totum Epicureum nobis exhibens Tacitum, quaestioni propositae satisfecisse judicari nequit: praeterea sermone Latino utitur a mendis vitiisque non prorsus libero.

Quibus longe praestat auctor libelli, cui verba sunt inscripta:

nil tam frugiferum est, quam magnorum ingenia hominum noscere.

Etenim recte intellexit, de quo quaesitum erat summaque cura ac diligentia in quaestione tractanda ita versatus est, ut primum de singulis Taciti scriptis accurate ageret et in ipsius historici eruditionem omnem inquireret, deinde quaereret quam vim philosophorum illius aetatis placita in Tacitum rerum scriptorem habuerint, singulis hujus scriptoris locis summa diligentia allatis. Itaque per tres partes, quibus continetur antiqua philosophia, argumentum est persecutus atque sedulo indagavit, quid quaque in parte Tacitus ab aliis suae aetatis philosophis deprompsisse videatur, in quo differat et ab iis recedat; in qua disputationis parte et Plinii et Senecae praecipuam rationem habuit eorumque placita cum iis, quae in Tacito reperiuntur, apte contulit, ita ut ad laudem proxime accessisse videatur. Sermo Latinus purus adeoque elegans, investigandi ratio subtilis, judicium subactum ubique cernitur. Quae cum ita sint, auctorem hujus libelli praemio ornandum esse judicavit ordo philosophorum."

Schedula reclusa nomen comparet:

JOANNES JULIUS BAUMANN,
theol. et phil. stud., Francofurtanus.

In proximum annum hae proponuntur quaestiones:

Ordo theologorum postulat:

„Disseratur de praedestinatione ita, ut quid Augustinus, Lutherus, Calvi-
„nus et Schleiermacherus de hac doctrina diverse statuerint, primum
„examinetur atque enarretur, tum cum S. Scripturae testimoniis com-
„paretur."

Ordo jurisconsultorum proponit quaestionem:

„De conditione feminarum secundum jus romanum antiquum."

Digitized by Google

Ordo medicorum postulat:

„Indagentur perscrutatione microscopica transformationes, quae in gra-
„nulationibus suppuratione productis fiunt, inde ab eorum origine usque
„ad perfectam cicatrisationem.“

Ab Ordine philosophorum duae proponuntur quaestiones:

1. Disseratur de foederis Rhenani a Napoleone M. conditi origine, legibus, institutis, moribus et rebus gestis;
2. Die Landwirthschaft des Odenwaldes.

Quaestiones ab Ordine medicorum et ab Ordine philosophorum propositas tractaturis usus vernaculae linguae conceditur.

Jam habetis, Commilitones, argumenta laboribus vestris digna; Vestrum erit acri studio de praemiis a CAROLO FRIDERICO vobis destinatis certare.

Restat adhuc, ut Faustissima quaeque exoptemus et a numine divino precemur pro FRIDERICO MAGNO DUCE ac Rectore Academiae nostrae Magnificentissimo, — pro tota ejus Domo Augustissima, — pro Summis Viris, quorum consiliis Serenissimus Princeps utitur, — pro universitate literarum nostra, quam incolumem Deus Optimus Maximus servet. — Dixi.

Digitized by Google

Digitized by Google

ADNOTATIONES.

1) Zöpfl über das german. Element im Code Napol. (Zeitschr. für deutsch. Recht V. p. 100 sqq.); Königswarter études historiq. sur le droit civil français (Revue de législation et de jurisprudence, XIV. p. 30 sqq., XVI. p. 157 sqq., 321 sqq.; XVII. p. 393 sqq.); Bénech de l'élément gallique et de l'élément germanique dans le Code Napol. (Recueil de l'académie de législation de Toulouse, tom. II. p. 5 sqq.).

2) Prima hujus regionum descriptionis vestigia jam ex saeculo nono veniunt, quum non solum in Edicto Pistensi „de regionibus quae legem romanam sequuntur" agatur, sed jam ante hoc edictum judices legis Salicae et legis Romanae, quorum illi ad Lutetiam, hi apud Aurelianum reperiebantur, existerent. — Roth Geschichte des Beneficial-Wesens, p. 96 sqq.; Valroger revue critique de législation et de jurisprudence, tom. X. p. 253.

3) Warnkönig französ. Rechtsgesch. II. p. 32 sqq.

4) Varin archiv. législat. de la ville de Rheims, I pars, p. 712. — Consuetudo Franciae autem appellabatur jus provinciae, cui nomen Francia erat, proprium. Olim II. p. 76, XIV; p. 556, III.

5) Consuet. Rhemens. saec. XV. (apud Varin archiv. législat. pars I. p. 712.) Art. 217; Desmares († 1382) decis. 234; — Paulus de Castro († 1441) ad l. qui universas 30 D. de acquirenda possess.; — Joh. Papo († 1590) in Borbon. consuet. Lugd. 1568, p. 269.

6) Beaumanoir cout. de Beauvoisis (ed. Beugnot) prol. p. 13.

7) Sic ex. gr. conjux superstes demortuo conjugi ex ordine „unde vir et uxor" in provinciis juris scripti tantum, minime vero in regionibus juris consuetudinarii succedebat. Pontanus († ante a. 1556) comment. in consuet. Blesenses, lit. 3 A. 20; Basnâge sur la coutume de Normandie ad Art. 146; Loysel instit. coutum. (Edid. Dupin et Laboulaye) règ. 340.

Digitized by Google

8) Conf. etiam de Valroger revue crit. de législat. X. p. 255.

9) Merlin répert. v. exécut. testament. No. I.

10) Cod. Nap. Art. 4.

11) Königswarter revue de législation, XVI. p. 322.

12) Hodie quidem lege a. MDCCCLIV abrogata.

13) Conf. G. d'Espinay de l'influence du droit canonique sur la législation française, Toulouse 1856.

14) Conf. Cod. Nap. Art. 2114; 2181; 2262. — Cod. judic. civ. A. 64; 404; et jam consuet. Parisiens. Art. 96.

15) Rosshirt das franz. u. bad. Civilrecht, V. p. 126. — C. etiam Zöpfl Zeitschr. f. deutsch. Recht V. p. 123 sqq.

16) Cod. Napol. Art. 1743.

17) Conf. Bénech recueil de l'académie de législation de Toulouse, II. p. 49.

18) Cod. Nap. Art. 8 et 11.

19) Conf. Königswarter l. c. XVI. p. 332; Bénech l. c. II. p. 18.

20) Cod. Napol. Art. 378; 384. — Quamobrem recte jam Loysel instit. coutum. règ. 55 dicebat: „droit de puissance paternelle n'a lieu", juris scilicet romani patria potestas.

21) Consuet. Rhemens. Art. 29 (ap. Varin archiv. administrat. de la ville de Rheims I. p. 39): „mortuo patre liberi in mainburnia matris remanent; nec aliquis ex parte patris eos petere poterit, nisi causam ostenderit efficacem."

22) Cout. de Châlons Art. VII: „Par la coustume de Châlons les enfans sont en la „puissance des pères et n'en sortent qu'ils ne soient aagez de vingt ans ou ma- „riez, ou tenant maison et faisant fait à part, au sceu et veu du père, sinon qu'ils soient „émancipez par leur dit père." Cout. de Rheims Art. VI: „Fils et filles de famille sont „en la puissance de leur père, et n'en sortent qu'ils ne soient aagez de vingt ans, ou qu'ils „ne soient mariez ou émancipez." Cout. de St. Quentin Art. XIII: „Par la dite coustume „enfans mariez sont réputés émancipez."

23) Cod. Nap. A. 467; 372.

24) Stabilim. lib. I. c. 73 et c. 142. — Conf. tamen Klimrath travaux sur l'histoire du droit franç. (edid. Warnkönig) II. p. 244 sqq.; Königswarter l. c. p. 334 sqq. — Neque silentio praetermittam, quod Codex noster, hic quoque jus Germanorum sequens, minime inter impuberes et pubertate majores, quod ad tutelam attinet, distinguit. Bénech recueil de l'académie de législat. de Toulouse II, p. 27.

25) Cod. Nap. Art. 215. 217. 905. 776. 934.

26) Cod. Nap. Art. 1400 sqq.

27) Cod. Nap. Art. 1530 sqq.

Digitized by Google

28) Lex Burgund. Addit. I. tit. XIII. — Itaque bonorum inter conjuges communio nec ex jure feudali, ut Laferrière hist. du droit franç. I. p. 175 sqq. opinatur, nec ex Romanorum (Abraham van Wezel de bon. societ. No. 1) vel Celtorum legibus (Pardessus mémoire sur les origines du droit coutumier) depromta, nec etiam peculiari Franco-Gallis more, ut dicunt Troplong contr. de mariage, praef. p. 95 sqq. et Bénech recueil de l'académie de législat. de Toulouse II. p. 50 sqq.) effieta est. — Conf. Königswarter l. c. XVII. p. 427 sqq.

29) Cons. Tolos. a. 1246 apud Giraud essai sur l'histoire du droit franç. I. pièc. justif. p. 113: „jura mobilia et immobilia". — Olim II. p. 817 ex a. 1290: „facultates mobiles et immobiles;" Olim III. p. 1118. XLIV. ex a. 1817; „bona mobilia et immobilia." Cout. de Paris Art. 88: „En la Prévosté et vicomté de Paris y a deux sortes et espèces „de biens seulement; c'est à sçavoir, meubles et immeubles." Cout. de Berry tit. IV. A. 1: „Sous le nom de meubles sont comprins les noms et actions compétans à meubles; et sous le „nom des immeubles — sont comprins les noms et actions compétans à immeubles."

30) Cod. Nap. Art. 516, 526, 529, 482, 1428. — V. etiam dissertationem meam (Krit. Zeitschr. für Rechtsw. u. Gesetzgebung des Auslandes XXIII. 1. p. 83 sqq.; — 2. p. 224 sqq.

31) Cod. Nap. Art. 1138, 1583, 938 junct. Art. 2279.

32) Loysel instit. cout. règ. 746: „Dessaisine et saisine faite en présence de notaires et de témoins vaut et équipolle à tradition et délivrance de possession." Cout. d'Orléans Art. 278; Cout. de Lorris Tit. XI. Art. 7.

33) Cod. Nap. Art. 2279. — Assis. de Jérusalem Basse Court 266: „Cil avient „par aucune aventure que aucun aveir soit emble et celuy aver est puis troves sur aucun home „ou sur aucune feme, et on demande a celuy sur qui lon trouve la chose: ou preistes vous „ceste chose — et celuy dit — je l'achetais —, et celuy dit — de qui lachetastes vous —, „et il dist quil nel connut mie celuy de qui la achetee: la raison juge et commande a juger, „que se celuy de qui la chose fu emblee peut mostrer par II baus garens qui jurent sur sains „que il aient veu saisi et tenant de celuy aver et quil li ait este emble, il det „recouvrer la chose, par ce que celui qui demande la chose qui li a este emble det jurer sur „sains que celui aver li a este emble, et quil ne le vendy ni donna ni engaia „ni presta, mais que enci la perdre par larcin come il la dit..." — Anc. Cout. „Septaine de Bourges A. 56: L'en garde par coustume, que saisine de meuble se „perd en ung moment..." — Conf. dissertat. meam (Krit. Zeitschr. f. ausländ. Rechtsw. XVII. p. 137 sqq.; Bénech l. c. II. p. 53 sqq.; Delbrück die dingliche Klage des deutschen Rechts (Leipz. 1857), p. 245 sqq.

34) Cod. Nap. Art. 724. — Conf. etiam supra not. 5; tum dissert. meam (Krit. Zeitschr. f. ausländ. Rechtswissensch. XIX. p. 99 sqq.; — Simonnet histoire et théo-

Digitized by Google

rie de la saisine héréditaire, Paris 1851; Demolombe cours de Code Nap. XIII. p. 172 sqq. Contra: Bénech l. c. II. p. 41 sqq.

35) Conf. Cod. de proc. civ. Art. 23; tum, quod ad jus antiquum pertinet: Olim (a. 1259) I. p. 98 No. 4; Beaumanoir cout. de Beauvoisis, XXXII. 2. 3. 4.

36) Hujus legis exempla praebent lex Salica tit. XLV ed. Merkel; Olim II. p. 840, alia monumenta. Conf. dissertat. meam (Krit. Zeitschr. f. ausländ. Rechtsw. XXV. p. 322). — Possessionem annalem nequaquam Celtorum juri, ut vult Laferrière, sed Germanorum legibus tribuendam esse recte quoque dicit Esquiron de Parieu études historiques et critiques sur les actions possessoires, Paris 1850, p. 38 sqq., et 55.

37) Cod. Nap. Art. 2180. 4; 2181; 939. 941. 2108.

38) Cod. Nap. Art. 2135.

39) Cod. Nap. Art. 724.

40) Cod. Nap. Art. 895; 1004; 1011; 1014. — „Institution d'héritier n'a point lieu" loquebantur consuetudines (C. dissertat. meam, Krit. Zeitschr. f. ausländ. Rechtsw. XIX. 3. p. 378), quia, ut jam Glanvilla de legibus Angliae lib. VII. cap. 1 dicebat: „solus Deus heredem facere potest, non homo."

41) Cod. Nap. Art. 1006 junct. 916.

42) Conf. dissertat. meam (Krit. Zeitschr. f. ausländ. Rechtsw. XIX. p. 381 sqq.).

43) Cod. Nap. Art. 753.

44) Cod. Nap. Art. 1082. 1091. 1093. — Coquille (1523—1603) institut. du droit franç. p. 104. — Conf. etiam dissertat. meam (Magaz. f. bad. Rechtspflege I. p. 177 sqq.).

Digitized by Google

mis. 3912
5, 18, 3, 4
H7. 9 10

Ueber die nothwendige

Parsons Library University of Michigan

Rückwirkung der Einführung der Einzelhaft

auf die Gesetzgebung.

Ein Votum

über

die im Programm des zweiten internationalen Wohlthätigkeits-Congresses aufgestellten Fragen,

abgegeben

von

Karl D. A. Röder,
Professor des Rechts in Heidelberg.

Frankfurt am Main.
Druck von H. L. Brönner.
1857.

Digitized by Google

Digitized by Google

Die zunehmende Anerkennung, welche der Einzelhaft in den lezten Jahren zu Theil geworden ist, namentlich in mehren deutschen Staaten, so wie in der öffentlichen Meinung, berechtigt zu der Hoffnung, dass dieselbe auf dem besten Wege zur Alleinherrschaft sei. Um so weniger lässt sich die grundwichtige Frage länger abweisen, der bisher unsere Strafrechtslehrer sorgfältig aus dem Wege gegangen sind *): wie sie sich zu dem Geist unserer Strafgesetzgebung verhalte? und auf welche Weise die zwischen beiden offenbar fehlende nöthige Uebereinstimmung sich herstellen lasse? ob etwa dadurch, wie es 1844 die französische Regierung geglaubt und beabsichtigt hatte, dass die Einzelhaft der bestehenden Gesetzgebung angepasst werde, oder umgekehrt — wie es richtiger der 7. und 8. der in Frankfurt 1846 gefassten Beschlüsse **) foderte — dadurch dass die Gesetzgebung eine entsprechende Umarbeitung erfahre und von den zahlreichen Spuren des in ihr vorherrschenden Geistes einer glücklich hinter uns liegenden Zeit gereinigt werde, eines Geistes, der mit der Einzelhaft so durchaus unverträglich ist, dass deren Einführung überhaupt nur unter dieser Voraussetzung einen Sinn hat.

So wenig auch eine erschöpfende Beantwortung dieser tiefgreifenden und weitreichenden Frage hier gegeben werden kann, so ist doch der Versuch einiger näheren Andeutungen darüber als sie das Programm der diessjährigen Sitzung des „internationalen Wohlthätigkeitskongresses“ S. 16 ff. gibt, gewiss sehr an der Zeit. Ein grosser und folgenreicher Sprung vorwärts ist mit der Einzelhaft unstreitig geschehen, freilich ein solcher, zu dem der nun

---

*) Den einzigen Versuch, der unseres Wissens bis jetzt gemacht worden ist, eine gründliche Erörterung dieser Frage zu veranlassen durch eine kurze Beleuchtung ihres eigentlichen Kerns: des Gegensatzes der Grundgedanken, wovon das altherkömmliche Strafrecht und wovon die Einzelhaft ausgeht, — enthält unser Aufsatz im Archiv des Krim.-Rechts 1850, Nr. 17 S. 412—453: „Zur Verständigung über das Verhältniss der Einzelhaft zur Strafgesetzgebung“. Sein Zweck ist aber vollständig verfehlt worden, ja fast nirgends hat man ihn auch nur erwähnt, geschweige widerlegt, weil Niemand Lust hatte, sich an dem *noli me tangere* dieser Frage die Finger zu verbrennen.

**) Der 7. lautet: „Die Einführung der Strafe der Einzelhaft an der Stelle der Strafe der gemeinschaftlichen Haft muss die Abkürzung der Dauer der Strafzeiten, wie sie jetzt in den Strafgesetzbüchern bestimmt ist, zur unmittelbaren Folge haben“. Der 8. lautet: „Die Umarbeitung der Strafgesetzgebung u. s. f. — — sind als nothwendige Ergänzung der Pönitentiarreform anzusehen.“ S. Verhandl. der ersten Versammlung für Gefängnissreform, S. 273.

Digitized by Google

Abhülfe schreiende Zustand des bisherigen Gefängnisswesens und seine schlimmen Früchte, also das Leben selbst, gedrängt hat. Sie macht einen so tiefen Riss in das Netz der herrschenden Strafarten (des s. g. Strafensystems), dass man die Furcht und die Vorurtheile begreift, in Folge deren wenigstens der altgläubige Theil der Beamtenwelt ihr lange genug entgegentrat und sie mit allen Mitteln bekämpfte. In der Ahnung vielleicht, dass ihre Einführung abermals an diesem Widerstand scheitern könnte, hat man sie neuerdings nicht überall auf dem Wege der Gesetzgebung eingeführt, wie es in Frankfurt und Württemberg geschehen ist oder soll, sondern — in Preussen wenigstens — bloss im Wege der Verordnung. Wie dem auch sei, jedenfalls ist mit ihr in die bestehende Strafgesetzgebung ein neuer, grundverschiedener, besserer Geist eingezogen, der sie mehr und mehr durchdringen muss und wird; die Freiheitstrafe hat durch sie, ohne den alten Namen zu wechseln, einen völlig veränderten Sinn und Inhalt erhalten, der dem früheren Gesetz und Urtheil durchaus nicht entspricht. Aber welcher ist dieser Inhalt?

Soviel steht fest: der Gedanke der Absonderung der einzelnen Gefangenen von einander — also der Einzelhaft für sich allein — enthält lediglich eine Verneinung: die Aufhebung ihres Zusammenlebens. Soll sie mehr sein, als eine solche tabula rasa und die volle sittliche und rechtliche Bedeutung erlangen, deren sie fähig ist, so muss sie in Beziehung zu dem bestimmten nächsten Rechts-Grund und Zweck aller Strafe aufgefasst werden. Würdigt man sie in diesem Zusammenhang, so erscheint sie nur als ein wesentliches Glied eines Ganzen von Bedingungen, von deren Gewährung durch den Staat die Wiederaufhebung oder Umstimmung des rechtswidrigen Willens des Verbrechers abhängt. Aus dieser Quelle ist das Verbrechen entsprungen, und werden, so lange sie fortfliesst, d. h. so lange die verkehrte Willensstimmung fortbesteht und fortwirkt, auch fernere Verbrechen höchst wahrscheinlich hervorgehen. In dieser vom Recht abgewandten, daher mit der Rechtsordnung der Gesellschaft völlig unverträglichen Willensrichtung liegt ohne Zweifel der wahre rechtliche Grund, in ihrer gründlichen Aufhebung der aus diesem Grunde selbst sich ergebende, gleich weit und nicht weiter reichende rechtliche Zweck der gesammten rechtlichen Behandlung des Verbrechers. Auf diese aber hat die Gesellschaft, der nur mit einer gründlichen, durch bloss äusserliche s. g. palliative Mittel unerreichbaren, Sicherstellung gedient ist, — ebensosehr ein Recht wie der Verbrecher selbst, und das wahre, in organischer Unzertrennlichkeit verbundene, wahre Beste Beider, des Ganzen wie des Gliedes, wird dadurch in jeder Hinsicht befördert.

Man ist endlich, Gottlob, von dem leidigen Wahn zurückgekommen, den äusseren Menschen für sich allein mit den bloss sinnlichen Mitteln der Leidenszufügung zur Abschreckung, ohne alle Rücksicht auf den innern Menschen, bearbeiten und umstimmen zu können; man sieht ein, dass ein Erfolg bei aller Menschen-Behandlung, Erziehung und Bestrafung nur zu hoffen ist, wenn man nie vergisst, dass man mit Wesen zu thun hat, die mit der Anlage zur sittlichen Selbstbestimmung geboren sind und mit Hülfe ihrer Mitmenschen derselben mehr und mehr fähig werden können und sollen, auch wenn sie es soeben, wie aus der verbrecherischen That erhellt, nur wenig oder gar nicht sind. Der Verbrecher hat sich gewissermassen sittlich unmündig erwiesen und muss insoweit auch rechtlich für unmündig erklärt und demzufolge in strenge Vormundschaft genommen werden zum Behuf seiner Nacherziehung zur Sittlichkeit und somit zur Wiedererlangung der, durch die Fähigkeit ihres guten Gebrauchs bedingten, vollen äusseren Freiheit. Hiermit ist der ganze rechtliche Grundgedanke der Strafe gegeben als eines keineswegs bloss oder hauptsächlich verneinenden, auf Abwehr von Störungen im Guten gerichteten, sondern eines zugleich und

vor Allem positiven, auf Herbeiführung heilsamer, erziehender und bessernder Einflüsse zielenden Verfahrens. Alle Einzelheiten der Strafbehandlung in ihrem ganzen Verlauf müssen daraus geschöpft, alles damit Unvereinbare muss schlechterdings beseitigt werden *).

Als ein Hauptmittel, diesen neuen Geist einer bessernden Strafe ins Leben führen zu helfen oder, wie der französische Minister Duchatel sich ausdrückte, „der Strafe die ihr gebührende Eigenschaft eines sittlichen Zuchtmittels wiederzugeben" — der ihr und unsern „Zuchthäusern" bisher ganz abging — erscheint die Einzelhaft; und nur in diesem Geist, aus dem sie geboren ist, kann und muss sie eingerichtet und durchgeführt werden. Das Grosse, Neue, für Viele noch immer nicht Fassbare derselben liegt darin, dass sie in der That den Verbrechern wie der Gesellschaft eine gleich grosse Wohlthat erzeigt, zunächst schon dadurch, dass sie Beide von dem Uebel erlöst, was die bisherige Verbrechergemeinschaft ihnen gebracht hat; dass sie überhaupt im schneidendsten Gegensatz steht mit der ganzen alten Auffassung der Strafen als blosser Peinigungen, und mit der darauf gebauten gesetzlichen Stufenleiter der Strafen als einer Stufenfolge von blossen, nach Art und Grad verschiedenen, leiblichen, geistigen oder sittlichen Leiden, die auf den Verbrecher gehäuft werden sollen; dass sie demnach mit keinerlei Strafmittel sich verträgt, die diesen alten bösen Geist des blossen Wehethuns und Marterns athmen.

Erst durch die Einführung der Einzelhaft ist endlich auf dem Wege des Vollzugs der Gefängnissstrafen, durch die ja fast alle übrigen Strafen bereits verdrängt worden sind, thatsächlich ein entschiedener Bruch mit dem eben bezeichneten unrechtlichen, unsittlichen und unchristlichen Geiste zu Stande gekommen; es ist damit offen dem Grundsatz der Krieg erklärt worden, der noch immer, einer Erbkrankheit gleich, an der Spitze unsrer Gesetzgebung stehen geblieben ist, und wonach die Strafe ihrem Wesen nach nichts als ein Uebel für den Verbrecher sein soll, das ihm entweder, in gänzlichem Absehen von jedem durch die Strafe zu erreichenden vernünftigen Zweck, blind fatalistisch, zur Wiedervergeltung (auch wohl Sühne, Ahndung u. s. f. getauft) oder aber zur Abschreckung zuzufügen sei, und zwar mit vollem Bewusstsein, in der Hoffnung, dass aus dem absichtlich zugefügten Uebel (dem Bösen) Gutes folge. Zwar hatte seit einiger Zeit die fortgeschrittene Gesammtbildung und Menschlichkeit, die eine ganz folgerechte Festhaltung jenes falschen Grundsatzes nicht mehr vertrug, bereits einen guten Theil seiner strengen Folgerungen, d. h. der vielgestaltigen herkömmlichen Quälereien, aus dem Verzeichniss unserer Strafen gestrichen, wie die martervollen Hinrichtungen, die Verstümmelungen, das Brandmark, den Schandpfahl, Staupenschlag u. s. m. Aber weil man hierzu nur durch eine richtige höhere Ahnung bestimmt ward und nicht zum klaren Bewusstsein des Widerspruchs jenes Grundsatzes selbst mit dem Recht sich erhoben hatte, gerade darum war auch insolange an einen vollständigen Sieg des wahren Strafrechtsgrundsatzes in unserer Strafgesetzgebung noch nicht zu denken, und man behielt andere Strafen bei, die kaum weniger grell den Geist der Rache und Abschreckung verriethen, wie: die Todesstrafe, die Prügelstrafe, die lebenslange Einsperrung, die Ehrlosigkeit, die öffentlichen Arbeiten der Sträflinge mit oder ohne Ketten und Kugeln an Händen und Füssen u. s. m.

Eine merkwürdige Eigenschaft der Einzelhaft darf indess hier nicht mit Schweigen übergangen werden, weil dadurch diese, obgleich sie ein Hauptstück der Besserungsstrafe ist, doch auch denen sich empfiehlt, die noch in dem alten Irrwahn befangen sind, dass die Strafe

---

*) Eine nähere Entwickelung des hier nur Angedeuteten enthält unsre kleine Schrift: „Zur Rechtsbegründung der Besserungstrafe" 1846, und theilweise unsre „*Commentatio de quaestione: an poena malum esse debeat*" 1839.

ihrem Wesen nach ein Uebel für den Verbrecher enthalten, ihm durchaus ein Leid, entweder nur nach der allgemeinen oder sogar nach seiner eignen Vorstellung, zufügen müsse, und die demnach höchstens nebenbei, soweit es sich mit der nach jener irrigen Voraussetzung erforderlichen Peinigung der Verbrecher vereinigen zu lassen scheint, auf einige Besserung derselben Bedacht genommen wissen wollen. So gewiss nämlich der Staatsorganismus seine durch das Verbrechen gestörte Gesundheit nicht einseitig auf Kosten des kranken Gliedes, sondern durch dessen Heilung wiederherstellen, so gewiss ferner überhaupt jedem Menschen sein Recht zunächst um seiner selbst willen zu Theil werden soll, so gewiss bezweckt freilich auch die strenge Bevormundung und Zwangerziehung der Strafe, in der dem Verbrecher sein Recht widerfährt, zunächst dessen eigenes Bestes, und er wird sie unfehlbar, je mehr dieser Zweck erreicht wird, um so mehr auch als solches dankbar erkennen und von ihrer auch an ihm, dem Ungerechten, bewährten inneren Gerechtigkeit erfüllt sein. Ebensogewiss erscheint nicht nur ihm selbst, wenigstens anfangs, sondern auch allen ihm Gleichgesinnten im Gefängniss und ausserhalb das jenem Zweck einzig entsprechende unerlässliche Verfahren wegen der vielfachen und folgerechten Freiheit-Entziehung und Beschränkung, die es mitführt, überaus streng und unvergleichbar härter, als die Gemeinschafthaft, die bekanntlich in vieler Beziehung gerade den Schlechtesten ziemlich behaglich, ja mitunter als eine Art „Gesellschaftlokal und Verbrecherkasino" geradezu anziehend war. Im Gegensatz hierzu erscheint die Einzelhaft erfahrungsmässig gerade den Verdorbensten als das Aergste der Uebel, weil sie die Nothwendigkeit begreiflich am schwersten tragen, sich in eine allen ihren schlimmen Neigungen und Gewohnheiten widerstreitende Lebensordnung fügen zu müssen und ihnen nicht wohl Etwas schrecklicher sein kann, als den Vorwürfen ihres Gewissens in der stillen Zelle überantwortet zu werden, während geräuschvolle Arbeitssäle die erwünschte Zerstreuung im reichsten Masse darbieten; dahingegen die Bessern in der Zellenhaft sehr bald eine wohlthuende Massregel des Schutzes gegen die vergiftende Berührung mit Andern und ein Mittel der Schonung ihrer Individualität erblicken. Während also überall da, wo Sträflinge vereinigt leben, mehr oder minder gesundheitswidrige Quälereien und „Schärfungen", als: elende Kost und Kleidung, hartes Lager, harte Arbeit, Ketten u. dergl. — fast nothgedrungen beibehalten oder gar wieder eingeführt werden, weil man sucht, mit solchen an sich unstatthaften und rein äusserlichen, auf Abschreckung berechneten Mitteln den Sträflingen das Zuchthaus zu verleiden, so sehen wir umgekehrt, dass die Einzelhaft schon ganz von selbst und ungesucht (blos durch ihre an sich gerechte und zweckmässige Einrichtung) ebendiese Wirkung, gleich so vielen andern guten Wirkungen *), hervorbringt, dass sie, oft schon bei kurzer Dauer, eine tieferschütternde, nachhaltig abschreckende Wirkung hat.

Im Folgenden sollen nun wenigstens die grössten der noch weitaus vorwaltend herrschenden Missstände kurz besprochen werden, die mit der Besserungsstrafe und Besserungstrafanstalt überhaupt, also auch mit der Einzelhaft, streiten und deren Beseitigung daher nach Kräften erstrebt werden muss; ebenso die einfachsten weiteren Forderungen, die sich an die Einzelhaft knüpfen und durch deren Erfüllung erst die Straferziehung zum Abschluss kömmt.

---

*) Es sei hier nur an die Gefängnisszucht erinnert, die sich hier grossentheils schon durch die Zellenwände von selbst erhält, während das grausame Schweiggebot und die härtesten Zuchtmittel in der Verbrechergesellschaft zu Nichts geführt haben; ebenso an die Arbeit, die in der Zelle mit Lust, ohne sie nur gezwungen, verrichtet wird.

Digitized by Google

4) Vor Allem muss natürlich die Einzelhaft selbst bis ins Einzelne in dem bisher beleuchteten Geist der [illegible] eingerichtet sein; die Hauptstücke dieser Einrichtung aber müssen theils gesetzlich, theils durch Verordnung (die s. g. Hausordnung) festgestellt werden. Alles Nähere muss jedoch dem vernünftigen Ermessen des Vorstandes überlassen werden, damit er im Stande sei, überall nach dem Bedürfniss des einzelnen Falles und der Individualität des Sträflings ab- und zuzuthun, weil es [illegible] vollends der Stimme des [illegible] höheren Beamten der Strafanstalt zu bildenden [illegible] Vorstandes derselben ein weit grösseres Gewicht verliehen werden (namentlich wie sich später zeigen wird in Bezug auf die [illegible]), als dies nach den heutigen Gesetzen der Fall ist. Wie am besten eine Oberaufsicht über die Ausführung dieser Gesetze und Verordnungen, also über die Verwaltung der Zellengefängnisse [illegible]; darüber enthalten wir uns, so grundwichtig die Frage auch ist, näherer Vorschläge und bemerken nur, dass jedenfalls einer einzigen, zunächst dem Justizministerium angehörender Oberbehörde sämmtliche Landesstrafanstalten untergeben sein sollten, dass nur in längeren Zeitabschnitten erfolgende [illegible] Besuche durch einen Gefängniss-Inspektor oder Ministerialrath nicht ausreichen, [illegible] der Versuch der Bildung eines Aufsichtsrathes nach englisch-amerikanischem [illegible] nicht [illegible] hat. Nur einiges besonders Wichtige in Betreff der Einrichtung der Einzelhaft selbst soll hier noch kurz berührt werden.

a) Soll die Einzelhaft nicht, ihrem ganzen Geist zuwider, in der Ausführung zu einer [illegible], trotz aller Vorschreibens einer bestimmten Zahl täglicher Besuche durch die Hausbeamten, — einer Vorschrift, die nicht durchzuführen und überdiess zweckwidrig ist, — so sollten überhaupt Gefängnisse für mehr als höchstens 300 Gefangene gar nicht, jedenfalls aber nur ganz in der Nähe grosser Städte gebaut werden, damit eine wirksame Unterstützung der Angestellten durch häufige Zellenbesuche von Seiten der Mitglieder von Gefängnissgesellschaften möglich werde, die zugleich als Aufsichtsmittel vom grössten Werth sein würden. Die unermessliche Wichtigkeit dieses Punktes verdient die grösste Beachtung von Seiten der Regierungen und theilweise sogar eine gesetzliche Bestimmung.

b) Unter keinem Vorwand sollten aber jemals die Sträflinge mit einander in Gesellschaft gebracht werden, sofern nicht der Vorstand durch ganz individuelle Umstände sich dazu bestimmt findet, auch nicht solche Sträflinge, für die vorübergehend eine andauerndere Geselligkeit, als die Zellenbesuche sie gewöhnlich gewähren, nöthig oder wünschenswerth erscheint *). Vielmehr muss ihrem Geselligkeitsbedürfniss nach Möglichkeit auf andere Wege abgeholfen werden, theils durch Vermehrung und Verlängerung der Besuche, theils durch Verwendung zu solchen Haus-, Garten- oder andern Diensten, wodurch sie nicht mit Mitgefangenen in Berührung kommen. Nie aber, auch nicht bei der Bewegung im Freien, dem Gottesdienst und Unterricht, darf unmittelbar oder mittelbar der Segen der Absonderung folgewidriger Weise, aus gänzlich fehlgerichteter Menschenfreundlichkeit oder vielmehr gefühlsamer Schwäche, wieder geopfert werden. Aus demselben [illegible] Grunde hat man gegen die [illegible] der Gefangenen und die Benennung derselben nach der Nummer der Zelle geeifert, so offenbar verkehrt es wäre, wenn die Gefangenen auch nur den Geschlechtsnamen oder Namen nach einander kennen lernten und de-

[illegible]

*) Wiefern die für die Erziehung jugendlicher Verbrecher erforderliche Behandlung mitunter eine Ausnahme nothwendig erscheinen lässt, bedarf hier um so weniger eine eingehende Erörterung, als schon das Programm [illegible] Frage [illegible] hat.

durch ein späteres Wiedererkennen ihnen erleichtert würde. Ebensowenig darf die Gesetzgebung, was sie als verderblich einmal erkannt hat, dennoch aus dem Grunde gestatten, weil die Gefangenen selbst es wünschen, z. B. falls sie eine gewisse Zeit (z. B. in Baden sechs Jahre) in Einzelhaft durchgemacht haben, oder falls sie ein gewisses Alter z. B. das siebzigste Jahr überschritten, oder endlich (was freilich überhaupt gegen den Geist der Sonderhaft verstösst) auf Lebenszeit verurtheilt sind. In diesem letzten Falle geht man von der Voraussetzung aus, dass sie kurzweg als verlorene Leute aufgegeben werden dürften — als ob nicht noch immer Gnade oder Flucht für sie möglich wäre — und man glaubt daher rechtswidriger Weise auf ihre Besserung in keiner Weise Bedacht nehmen und blos durch Schloss und Riegel sich gegen sie sichern zu sollen.

c. Die Arbeit der Gefangenen darf nicht an Unternehmer verpachtet, sondern ihr Betrieb muss, gleich der Beköstigung, durch die Gefängnissverwaltung selbst besorgt werden; sie muss, soviel möglich, der Gesundheit und Begabung, sowie unter übrigens gleichen Umständen, auch der Gewohnheit oder individuellen Neigung des Sträflings entsprechen, also, soweit es angeht, ihrer Auswahl überlassen werden. Einer übermässigen Anstrengung der Gefangenen durch die Art und Dauer ihrer Beschäftigung muss die Gesetzgebung durch ähnliche, nur hier noch weit nöthigere Bestimmungen begegnen, wie man sie neuerdings bei Fabrikarbeitern getroffen hat und wodurch ihnen auch ihre Erholungszeit und ein kleiner Antheil am Arbeitslohn sichergestellt werden sollte. Es versteht sich von selbst, dass jede zwecklose Arbeit überhaupt und namentlich eine nicht zu duldende ist, wie die „Wind mahlenden" Treträder sie enthielten (die auch in Deutschland noch nicht überall verschwunden und ohnehin bei Einzelhaft nicht wohl denkbar sind), eine auch nicht minder in ähnlicher Weise gesundheitswidrige und erbitternde, in England systematisch eingeführte Art des geschäftigen Müssigganges, crank genannt, womit man die Zellengefangenen mit Arbeit verdammt, sich abzuquälen. Ebenso ist jede Beschäftigung des Gefangenen unstatthaft, die geisttödtend und mechanisirend wirkt, wie fast immer, wegen ihrer weit getriebenen Theilung, die Fabrikarbeit, oder die sonst [illegible] und nach der Volksansicht z. B. für Männer unziemlich ist, wie Spinnen und Waschen, die ferner nicht einigermassen Nachhalten der dort und soviel möglich das Fortkommen nach der Entlassung sichert, die endlich durch eine Hinterthür die verwerfliche Gemeinschaft wieder herstellt, wie gemeinsame Gartenarbeit oder Hausarbeiten. Besonders ist noch hervorzuheben, dass auch die Untersuchungsgefangenen ein gesetzlich anzuerkennendes Recht haben zu verlangen, dass ihnen in der Zelle Gelegenheit zu angemessener Beschäftigung gegeben werde.

d. Die zahllosen Arten kleiner leiblichen oder geistigen Martern müssen völlig verschwinden, womit man bisher noch, wie die Verbrecher überhaupt so die Strafgefangenen insbesondere „zur Strafe" quälen zu müssen geglaubt hat. Hier soll indessen zunächst nur von solchen Quälereien die Rede sein, die in der Strafgefangenschaft selbst vorkommen, sei es als regelmässiger gesetzlich bestimmter Bestandtheil derselben, sei es ausnahmsweise als ein durch Richterspruch zuerkannter, gesetzlich zulässiger „schärfender Zusatz" oder endlich als blos vom Gefängnissvorstand verhängte Disciplinarstrafe wegen eines Verstosses gegen die Hausordnung. Gleichviel unter welchem Vorwand und in welcher Gestalt der Gefangene gepeinigt wird, immer wird das Bewusstsein, mit Absicht und Berechnung misshandelt zu werden, ihn mit Bitterkeit und Ingrimm erfüllen (vor dessen häufigen Ausbrüchen nach der Entlassung man sich in ältern Zeiten durch einen ihm abgenommenen Eid — Urfede — bekanntlich zu schützen suchte), und er wird fast nothwendig verstockt, jeder guten Einwirkung und besseren Regung unzugänglich bleiben.

Digitized by Google

[illegible] folgt, dass vor Allem jene [illegible] quälenden Zuthaten zur Freiheitsentziehung, die mit dem Geist der Besserung, ohne den die Einzelhaft zu einer blossen leeren Marter herabsinken würde, geradezu streiten und dass alle lediglich auf Unterschiede des Leidens — z. B. durch mehr oder minder ungesunde und unzureichende Kost, Lagerung, schwere Arbeit, mehrfarbige Kleidung, Ketten (die wieder schwerer oder leichter sind) und dergl. — gebaute Abstufungen der Freiheitsstrafen aus der Gesetzgebung [illegible] wegfallen müssen. Statt deren sollten nur in der Dauer und der Anwendung einer grösseren oder geringeren Freiheitsbeschränkung und gesammten Behandlung gewisse Abstufungen gemacht werden, wie sie der Eigenthümlichkeit des Verbrechens und Verbrecher und der dadurch nothwendig bedingten und näher zu bestimmenden Aufgabe der Strafe entsprechen.

[illegible] war nicht im Stande, die unermesslich grosse und wohlthätige Rückwirkung hier [illegible] oder auch nur genügend anzudeuten, die eine richtigere Erfassung des Wesens der Verbrechen, so wie der Aufgabe der Strafen auf die gesetzliche Eintheilung und Benennung beider, so wie auf die Bestimmung ihres Verhältnisses zu Einander später oder früher [illegible]; wir müssen uns für jetzt auf die Bemerkung beschränken, dass es ebenso [illegible] ist, das Wesen der Verbrechen wie das der Strafen nur in ihrer, mehr oder minder zufälligen Aussenseite (also dort namentlich im angerichteten Schaden, hier in der Empfindung als sinnliches Uebel) zu sehen. Um die sittliche und rechtliche Bedeutung jedes Verbrechens richtig zu würdigen, darf es unmöglich bloss als [illegible] (abstract) und nach seiner äusseren Erscheinung aufgefasst werden, sondern [illegible], d. h. nach allen in der verbrecherischen That wirksam gewordenen und durch Rückschluss aus ihr abzunehmenden (sinnlichen oder nichtsinnlichen) Bestimmungsgründen des Willens Dessen, der sie begangen hat. Nicht das Verbrechen, ein abstrakter Begriff, sondern die individuellen Menschen, welche es verübt haben, sollen bestraft, [illegible] soll die Strafe bemessen werden. Die Geschichte des Strafrechts lehrt unwidersprechlich, dass man sich diesem Ziele bisher, wenn auch nur unbewusst, stetig genähert hat, und schon heute stimmen fast Alle in Anerkennung der Wahrheit überein, die z. B. in den Worten Aubanel's ausgesprochen ist: „Der Strafzweck wird sich möglichst „vollständig erreichen lassen, wenn gegen jeden Einzelnen gerade der mit seiner In„dividualität, d. h. mit seiner Leibesbeschaffenheit, seiner Sinnesart und seiner geistigen Ent„wicklung in Verhältniss stehende Grad von Strafe angewandt wird." Dass nun gerade die Zellenhaft, weit entfernt von der einförmigen gewaltsamen Gleichmacherei der bisherigen, in Gemeinschaft zu verbüssenden Freiheitsstrafen, die einzige Haftweise ist, die eine solche unerlässliche individualisirende Behandlung möglich macht und fodert, kann kein Unbefangener verkennen. Nur muss die Gesetzgebung ihr dabei in ungleich höherm Maasse entgegenkommen, als bisher geschehen ist. Ein durchgehender Unterschied, der schon heute entschiedenen Einfluss auf die gesammte Richtung der Behandlung, mithin auf die Abstufung der Freiheitsstrafe übt und noch weit mehr künftig üben muss, hängt von der grundverschiedenen Stimmung des Denkens, Empfindens und Wollens ab, die aus jedem bestimmten Verbrechen ersichtlich ist. Nur für Fälle, die von entschiedener Verderbtheit und Böswilligkeit zeugen, passt unbedingt die strengste Bevormundung und Zwangerziehung oder Strafzucht, weit weniger, und nur bedingt für Solche, die nur aus heftigen Gemüthsbewegungen oder aus schlechter Gewohnheit oder nur aus Leichtsinn oder Saumseligkeit sich vergangen haben, gar nicht endlich für Solche, die, wie Staatsverbrecher, Zweikämpfer u. s. f., nur mit dem Staatsgesetz (aus entschuldbaren irrigen Vorstellungen von Recht,

Digitized by Google

[illegible] u. s. f.) in Zwiespalt gerathen sind, oder vollends nur s. g. Polizeiübertretungen sich haben zu Schuld kommen lassen. Gewissermassen, aber noch lange nicht genügend [illegible] sichtigen schon die heutigen Gesetzgebungen diese, auch bei [illegible] ganz gleichen Thaten oft vorkommenden innern Unterschiede, z. B. indem sie die mit vielfachen [illegible] terungen verbundene und noch ferner zu verbindende Festungsstrafe (Einschliessung [illegible]) für einige Fälle von Verbrechen anordnen, die nicht als gemeine [illegible].

b. Besondere Erwähnung verdienen aber noch jene vorzugsweise [illegible] Fügen; die Gesetzgebung die Richter durch das Gesetz gewöhnlich [illegible] im Ausnahmsfällen, z. B. wegen besonders niedriger Gesinnung der Verbrecher, [illegible] die ganze Dauer der Freiheitsstrafe oder für einen Theil derselben zu [illegible]. Dass eine durch solcherlei quälende Zuthaten zur buchstäblich „peinlichen [illegible] Freiheitsstrafe, sie sei Einzelhaft oder nicht, ebensogut Gesundheit [illegible], ist so klar, dass die Gesetze, nur um nicht geradezu und offenbar um Gesundheit [illegible] zu bringen, deren Vollzug in angemessenen Zwischenräumen [illegible] wären. In Baden sind namentlich Dunkelhaft bis zu 90, Hungerkost [illegible] im Jahr, einzeln oder zugleich, anderswo noch Ruthenhiebe, hartes Lager [illegible] solche „schärfende" Zuthaten, die sichtlich aus dem alten Quell [illegible] sind. Dass, solange sie walten, jede Aussicht auf Besserung der [illegible] ist, versteht sich von selbst und wird durch die Erfahrung [illegible]. Die Gesetzgebung muss sich hier also darüber entscheiden, ob sie die Gefangenen [illegible] bessern wissen will. Hat sie sich, durch Einführung der Einzelhaft, für [illegible], so bliebe die Beibehaltung jener s. g. „Schärfungen" ein offenbarer Widerspruch.

c. Aber auch als s. g. Ordnungs- oder Hausstrafen sind [illegible] solche Mittel [illegible]; die entweder als selbstverschuldete Entziehung [illegible] Gefangenen seine Lage erleichtert, anzusehen sind oder sonst als zur [illegible] des innern Menschen geeignet erscheinen. Dahin gehören z. B. weitweise Beschränkung [illegible] suchs der Angestellten und des Verkehrs mit Angehörigen, [illegible] oder auch der Arbeit, zeitweiser Hausbesuchung oder gar Schmälerung der [illegible] Dunkelhaft. Die Anwendung der beiden letzten Mittel als vorderster [illegible] Ordnungsstrafe, die durchaus zweckmässig erscheint, wird [illegible], wo sie bereits unter dem Schilde „richterlicher Schärfung" in, wie gesagt, [illegible] Weise auf längere Zeit erkannt worden sind.

2) Jede Art der Haft ohne Ausnahme, sie sei lang oder kurz, [illegible] die Untersuchungshaft, muss eine der Besserung wenigstens nicht [illegible] jedenfalls durchgehende Absonderung der Gefangenen, haben [illegible] bis jetzt nur in Toscana der Fall ist). Solange dieser Foderung nicht [illegible], vielmehr umgekehrt die Lage der Gefangenen gerade in den [illegible] Kreisgefängnissen, Arbeits- oder Correctionshäusern [illegible] sehr viel schlimmer ist als selbst in den alten Zuchthäusern, da [illegible] auf eine Weise zuwider gehandelt; [illegible] die Erfolge der Einführung der (auf die Zuchthäuser beschränkten) Zellenhaft wesentlich beeinträchtigt und [illegible] ganz reiner Erfahrungen darüber ausgeschlossen. [illegible] der Fall, wo die Bevölkerung von Zuchthäusern [illegible], die [illegible] fort und fort oft nur für einen noch geringen Strafrest [illegible] werden oder aus [illegible] Zellen- und Gemeinschaftshaft [illegible]. In [illegible] hat sich dieser grobe Missstand bisher bei

Digitized by Google

dem Zellengefängniss in Bruchsal erwiesen, wo dennoch Manche alle bei solchen Sträflingen demnächst vorgekommenen Rückfälle ohne Weiteres der Einzelhaft zur Last zu legen versucht haben?

b) Muss aber jede Strafe die Besserung des Sträflings nicht nur nicht hindern, sondern fördern, so bleibt es eine Halbheit und ein innerer Widerspruch der Gesetzgebung, wenn sie dabei stehen bleibt, nur der Einzelhaft eine diesem Ziel entsprechende, von jeder störenden Beimischung befreite Einrichtung zu geben, so gewiss auch schon damit viel gewonnen ist, weil die Freiheitsstrafen der Alleinherrschaft bereits sehr nahe gekommen sind. Folgerecht müssen vielmehr alle solche Strafarten, die mit jenem Ziel und Geist unvereinbar sind, weil sie lediglich auf die Scheingründe der Wiedervergeltung, des Exempelstatuirens oder einer blos äussern Sicherung sich zurückführen lassen, und die eben darum mehr oder minder störend auch auf die Erfolge der Zellenhaft zurückwirken, sobald als möglich aus der Gesetzgebung entfernt werden, damit diese zu voller inneren Uebereinstimmung gelange. Zu solchen Strafen gehören namentlich:

a. Das Brandmal der Ehrlosigkeit, das dem entlassenen Züchtling auf Lebenszeit angeheftet wird, allerseits seinem Verkehr mit den Mitbürgern störend in den Weg tritt und ihn oft genug wieder auf den Weg des Verbrechens zurückstösst. Schon die traurige Aussicht darauf wirkt im Zuchthause der Besserung entgegen. Vorübergehende Entziehung, beziehungsweise Schmälerung von besondern bürgerlichen Ehrenrechten, namentlich solchen, die ein besonderes Vertrauen voraussetzen — das erst wieder verdient sein will —, ist das Einzige, was, als natürliche Folge der Missethat, gerechtfertigt erscheint. Je mehr die Gesetzgebung von dem Bewusstsein ausgehen kann, durch bessernde Einrichtung der Gefängnisse ihrer Pflicht genügt zu haben, desto auffallender wird der Widerspruch, wenn sie selbst den aus solchen wahren Besserungsanstalten Hervorgegangenen seinen Mitbürgern als einen Misstrauenswerthen bezeichnet.

b. Nicht nur die eigentlichen öffentlichen Ausstellungen am Schandpfahl, sondern auch die mittelbare fortgesetzte Schaustellung, wie in allen öffentlichen Arbeiten der Sträflinge vor aller Augen liegt, z. B. durch Karren, Gassenkehren u. s. f., sind, als die sichersten Mittel zur Abstumpfung und Frechheit der Sträflinge, so zweckwidrig wie möglich.

c. Alles Prügeln, ebenso ausserhalb des Gefängnisses als innerhalb, weil es in den eignen wie in Andrer Augen herabwürdigt, entweder den Ehrtrieb abtödtet oder aufs Aeusserste erbittert und zur Rache reizt. Nicht wenige Gesetzgebungen sind in den grellen Widerspruch verfallen, dass sie diese oder ähnliche noch ärgere, leibliche Misshandlungen entweder während der Strafhaft beibehalten haben (wie es lange genug in einigen nordamerikanischen Staaten zur Aufrechthaltung der Schweigzucht der Fall war), oder abgesehen von ihr, sei es als verstecktes Foltermittel bei der Untersuchungsführung, sei es als s. g. Strafmittel.

d. Für die noch immer üblichen Menschenopfer, die man unter dem Namen der Todesstrafen einem heimischen Trugbild von Gerechtigkeit bringt, fehlt auch jeder Schein des Rechts, sobald man den Widersinn eingesehen hat, der in der Behauptung liegt, dass ein zu vernünftigem Leben bestimmtes, mit dem Vermögen sittlicher Selbstbestimmung begabtes Wesen — in Folge eines Vergessens seiner eben darin beruhenden Menschenwürde — von seinen Mitmenschen so behandelt werden dürfte, als ob es je seines ganzen Rechts und Lebens durch seine rechtswidrigen Thaten verlustig gehen (sie „verwirken") könnte, d. h. geradezu als Nichtmensch und Sache gebraucht und verbraucht werden dürfe — sei es um

Andern durch den Anblick seiner Leiden ein vermeintlich warnendes Beispiel zu geben, sei es einem Wahn von blind waltender vergeltender Gerechtigkeit zu Ehren. Mit diesen beiden Zwecken, die ebenso unsittlich als unrechtlich sind, steht und fällt sichtlich auch das „Abschlachten" der Verbrecher. Die s. g. Todesstrafe hat ohnehin schon längst, allen Anforderungen eines angemessenen Verhältnisses der Strafen zu den Verbrechen zum Trotz, die innerlich ungleichsten Fälle ohne Unterschied mit einem äusserlich ganz gleichen Uebel belegt, seitdem sie nie mehr, wie es doch die Folgerichtigkeit mit sich bringen würde, durch besondere Martern geschärft wird. Ebendadurch ist zugleich die Unmöglichkeit handgreiflich geworden, die bisher noch immer vergeblich gesuchte Quadratur des Zirkels im Strafrecht, d. h. die Ausgleichung des sittlichen Uebels der Schuld durch eine lediglich als sinnliches Uebel gedachte Strafe, zu Stande zu bringen.

e. Lebenslängliche Freiheitsstrafen, als Mittel rein äusserer Sicherstellung, gleich der Todesstrafe, kümmern sich — in offenem Widerspruch mit der wahren Aufgabe jeder gerechten Strafe — gar nichts um den Willen des Verbrechers und dessen Umstimmung, oder geben doch dieser, auch wo sie wirklich erreicht werden sein sollte, keinerlei Einfluss auf die Behandlung des Verbrechers und auf die Dauer der Strafe. Auch sie sind, wie die Todesstrafen, ein Prokrustesbett, was das Ungleichste gleich machen soll; sie gewähren aber nicht einmal, wie diese, wenigstens völlige Sicherung für die Zukunft.

f. Zeitliche Landesverweisung für Staatsverbrecher und Geldstrafen für kleinere Vergehen und Polizeiübertretungen, beziehungsweise ein Abverdienen dieser letztern Strafen durch Arbeit, wie z. B. bei Forstfreveln oder zu Geld anschlagbaren Beschädigungen Andrer, werden demnach, so wie die Schmälerung bürgerlicher Ehrenrechte (z. B. der Unfähigkeit zum Abgeordneten, Bürgermeister u. s. w.) ausser den Freiheitsstrafen ziemlich die einzigen sein, die dem Zweck der Einwirkung auf Sinnenänderung des Schuldigen entsprechen.

4) Ueberall, wo man durch Einführung der Einzelhaft anerkannt hat, dass der Besserungszweck bei der Strafe den Ausschlag geben müsse, muss man folgerecht die gesammte Behandlung der Verbrecher, also auch die Dauer dieser Behandlung, davon abhängig machen, ob jener Zweck mehr oder weniger, ganz oder gar nicht erreicht ist. Man muss sich um den wirklichen Erfolg der Strafen in ihrer Anwendung bekümmern und darf sich nicht ferner, wie seither, mit der plumpen, durch tägliche Erfahrung Lügen gestraften Erdichtung begnügen, dass das Gesetz oder der Richter in Vorausbestimmung der erforderlichen Strafe immer genau das Rechte getroffen hätten. Wie aber das Gesetz nicht unfehlbar ist, so ist es auch der Richter nicht; daher darf nicht ohne Noth seinen Urtheilen das Siegel eines unabwendbaren Verhängnisses aufgedrückt werden, sondern es muss, falls er die Rechnung ohne den Wirth gemacht haben sollte, auch nachher noch ab- oder zugegeben werden können, je nachdem er zu viel oder zu wenig gethan hat auf Voraussetzungen hin, die sich bei längerer sorgfältiger Beobachtung des Verurtheilten während der Einzelhaft, wo man in so sehr günstiger Lage ist, ihn gründlich kennen zu lernen, als ungegründet ergeben haben. Hieraus folgt, dass, wenn man gerechter Weise dem Sträfling nicht mehr, aber auch nicht weniger zufügen darf, als er verdient hat, der begangene Fehler im Urtheil von Rechtswegen wieder gut gemacht werden muss. Im Strafrecht kömmt es, wie alle Welt zugibt, durchweg auf wahres (s. g. materielles), nicht auf scheinbares (s. g. formelles) Recht an; ein Strafurtheil erlangt daher bekanntlich niemals eigentliche Rechtskraft, sondern nur vorläufige Vollziehbarkeit, d. h. für so lange, bis sich etwa herausgestellt haben sollte, dass es einen ganz Unschuldigen getroffen hat. Ganz das Gleiche muss aber aus demselben

Grunde auch dann gelten, wenn es einen nicht in dem Masse Schuldigen getroffen hat, wie das Gericht, nach dem was ihm vorlag, annehmen durfte. Jedes Strafurtheil, das die Möglichkeit der Wiedergutmachung eines dadurch zugefügten Unrechts ausschliesst, wie z. B. jedes Todesurtheil es thut, ist schon um desswillen offenbar ungerecht. Nur unter dem Beding, dass diese Möglichkeit offen bleibt, kann überhaupt, statt der Gewissheit, die Wahrscheinlichkeit der Schuld für eine Verurtheilung hinreichen. Aus dem Allen folgt:

a) Da die Wahrscheinlichkeit der Besserung der Sträflinge und somit der Sicherung der Gesellschaft vor neuen Verbrechen überall da, wo Einzelhaft (unter allen weiter erforderlichen Bedingungen) an die Stelle der Gemeinschaft getreten ist, unvergleichbar steigt, und zwar in zunehmendem Verhältniss, je länger sie gedauert hat, so ist es eine einfache Forderung der Gerechtigkeit, durch deren Erfüllung zugleich die Ueberfüllung der Gefängnisse und die Kosten der Strafrechtspflege ausserordentlich verringert werden, dass sich an die Einzelhaft regelmässig eine sehr bedeutende, gesetzlich festzustellende Abkürzung der Haftzeit knüpfe, mindestens um ein Drittheil. Dabei darf aber nur stehen geblieben werden bei Verurtheilungen zu überhaupt kürzeren Freiheitsstrafen bis zu etwa zwei Jahren; bei längerzeitigen wird die Abkürzung wenigstens um die Hälfte als Regel anzunehmen sein, falls man nicht, wie in Dänemark, einer gleitenden Strafenleiter den Vorzug geben will.

b) Es ist aber damit nicht genug, dass die grössere Wahrscheinlichkeit der Besserung in Einzelhaft zu einer durchschnittlichen gesetzlichen Abkürzung der Strafdauer führe; sondern es muss überhaupt jedes auf längere Haft — also jedenfalls jedes auf Zuchthaus — lautende Straferkenntniss nur als ein mit dem Vorbehalt besserer Einsicht ausgesprochenes ein vorläufiges Geltung haben; demzufolge aber muss es, mit Rücksicht auf die inzwischen näher erkannte Gemüthsart des Verurtheilten auf dessen vielleicht erst jetzt bekannt gewordene Rückfälligkeit und die in jedem einzelnen Fall vorhandene Wahrscheinlichkeit oder Gewissheit der Besserung oder Nichtbesserung, in Gemässheit der Berichte der Strafanstaltsverwaltung, von Amtswegen berichtigt, d. h. die Strafdauer durch ein zweites Urtheil näher bestimmt, nämlich, je nachdem dem Verurtheilten im ersten Urtheil zu viel oder zu wenig geschehen war, abgekürzt*) oder verlängert werden. Eine solche Berichtigung ist ganz entschieden Sache des Rechts und der Rechtspflege, und es sind lediglich herkömmliche grundirrige Vorstellungen von der Aufgabe dieser letzteren, wenn man wähnt, dass sie auch, wie vor, um die Wirkung der von ihr verschriebenen Strafmittel — auf die doch für die Rechtsordnung Alles ankommen muss — sich gar nicht zu kümmern habe; wenn man demnach der unstreitigen Rechtsforderung, dass die Strafe der Individualität des Verbrechens und Verbrechers angepasst werde, mit der nichtigen Ausflucht begegnet, dass das erste Urtheil unbedingt endgültig sein und [illegible] schlechterdings [illegible] werden müsse auch da, wo er gelöst werden könnte; wenn man endlich, statt des Rechtsweges, für eine verdiente Abkürzung der Strafe lediglich den Weg der Gnade, für eine etwa nothwendige Verlängerung lediglich den Weg der Verwaltung (also der Polizei) für den richtigen hält. Gnade für Recht und Polizeimittel statt der Rechtsmittel sind im Rechtsstaat gewiss nicht an ihrem Ort und dürfen die Regel nie bilden. Für ganz besondere Ausnahmsfälle bleibt der Gnade immer noch Raum genug übrig.

Das erwähnte zweite Urtheil, dessen Nothwendigkeit zahlreiche Stimmen aus allen Ländern anerkannt haben, würde auch bei anscheinend ganz gebesserten, um so sicher als

*) Eine solche Abkürzung bei Rückfälligen überhaupt auszuschliessen, gibt es, vielleicht mit Ausnahme der Gewohnheitsdiebe, schwerlich einen hinreichenden Grund.

möglich angeben, nicht vor Ablauf etwa der Hälfte der im ersten Urtheil zuerkannten Strafdauer zu fällen sein; im Fall entschiedener Besserung — obwohl auch hier, wie bei Verurtheilungen und überall bei nicht mathematischen Fragen die höchste Wahrscheinlichkeit für Gewissheit genommen werden darf und muss — würde dasselbe dann auf alsbaldige entweder *unbedingte* oder *bedingte* Freilassung lauten müssen, nämlich auf eine an die *Bedingung des Wohlverhaltens* während der ganzen zweiten Hälfte der früher verhängten Strafdauer geknüpfte, in ähnlicher Weise wie diess in England durch Ertheilung einer Freilassungs- oder Beurlaubungsurkunde (ticket of leave) durch die Regierung geschieht und in Belgien im Werk ist. Im Fall neuer Vergehen oder auch nur schlechter Aufführung wäre dann der Entlassene ohne Weiteres wieder in die Strafanstalt zurückzubringen, um, je nach Umständen, entweder die ganze noch übrige Strafzeit oder einen Theil derselben dort zu verbüssen.

Ohne Zweifel liegt in einer solchen gesetzlich eröffneten guten oder schlimmen Aussicht ein sehr kräftiger äusserer Antrieb, der die innern Antriebe zum Guten wesentlich verstärkt und darum schon aller Beachtung werth ist. Einer besonderen Beleuchtung bedürfen aber noch die Voraussetzungen, unter denen allein sich grosse Hoffnungen darauf bauen lassen — vollends sobald die Entlassenen nicht durch vorherige Verbringung in eine Ansiedlung, also in ganz andre Verhältnisse und Umgebungen, sehr vielen Versuchungen entrückt sind, die ihnen in der Heimat im Wege stehen.

Vorher sei nur noch bemerkt, dass der Vorschlag solcher *vorläufigen* Freilassungen auf Probe (den auch das Programm mit Recht aufgenommen hat) dem Geist der Besserungsstrafe ganz entspricht, und dass überhaupt die Abhängigmachung der Strafzeit (nämlich ihre Abkürzung und sogar ihre Verlängerung) wenigstens zum Theil nicht sowohl von *äusserlich* guter oder schlechter*) Aufführung, als von den Anzeichen wirklicher Bekehrung und Besserung oder des Gegentheils auch in Deutschland keineswegs ohne Vorgang ist. Um von ältern Rechten und von den auch heute üblichen Beurlaubungen Kranker aus dem Gefängniss nicht zu reden, die wenigstens beweisen, dass man die Urtheile nicht für ganz unabänderlich hält, erinnern wir nur daran, dass z. B. das preuss. L. R. (§. 1160.) geradezu eine „Anhaltung des Verbrechers auf *unbestimmte* Zeit, bis er sich gebessert habe", vorschreibt; dass in Württemberg „der Richter nur ein Minimum der Strafe *bestimmt* auszusprechen hatte, mit dem Anhang, dass der Verbrecher nach dessen Erstehung noch so lange in Haft zu bleiben habe, bis er wirklich gebessert sei." Auch das bairische G. B. kennt Verurtheilungen auf unbestimmte Zeit. Ebenso kennen die meisten neuern Gesetzgebungen, z. B. die preussische (z. B. §. 117—120; 146.) und badische, eine entweder gerichtlich oder nur polizeilich zu verfügende Verbringung sogar der aus einfachem Gefängniss, und nicht etwa bloss aus dem Zuchthaus, Entlassenen in ein „Arbeitshaus" oder eine „polizeiliche Bewahranstalt" auf längere oder kürzere Zeit (in Preussen bis zu 3, in Baden bis zu 5 Jahren), worüber je nach Umständen die *Verwaltungs-* (Landespolizei-) Behörde zu entscheiden hat.

Niemand kann hiernach leugnen, dass der *Sache nach* wenigstens in *gewissem* Maase der Grundsatz die Anerkennung bereits gefunden hat, die wir *allgemein* für ihn in Anspruch nehmen müssen. Wie könnte doch auch jemals das Recht fordern, dass man z. B. einen völlig ungebesserten, höchst bösartigen und gefährlichen Verbrecher bloss darum wieder auf seine Nebenmenschen loslasse, *weil* die ihm aus Irrthum des Richters viel zu

---

*) Dass für den Fall *dauernd* schlechter Aufführung, schon weil eine solche bezeugt, dass Besserung nicht vorhanden ist, die gewöhnlichen Ordnungsstrafen nicht ausreichen, sondern nur eine Verlängerung der Strafzeit helfen kann, ist klar.

Digitized by Google

kurz bestimmte Strafzeit so eben abgelaufen ist. Nichts ist gewisser, als das ein Solcher schlechterdings länger eingesperrt bleiben muss, und zwar von Rechtswegen, obwohl diess heute noch immer nur von Polizeiwegen verfügt wird. Dass es aber zum Mindesten gefährlich erscheint, eine solche Strafverlängerung lediglich dem Ermessen der Polizei anheim zu geben, wird kaum irgend Jemand ernstlich in Zweifel ziehen. Also ist unfehlbar der einzig richtige Weg ein zweites richterliches Urtheil, das auf eine längere oder kürzere Zeit der Prüfung den früheren Strafansatz erweitert.

4) Die vorstehende Betrachtung führt noch auf die Besprechung einiger, durch denselben Besserungszweck, dem die Freiheitsstrafe entsprechen soll, erfoderten Ergänzungsmassregeln, die den Uebergang zur vollen äusseren Freiheit vermitteln müssen, wenn die Gefahr des Rückfalls kaum genesener sittlich Kranker bei plötzlicher Beseitigung aller bisherigen Schutz- und Vorsichtsmassregeln abgewandt werden soll. Zwar erstarkt durch die Einzelhaft die innere Gesundheit und sittliche Widerstandskraft gegen äussere Versuchungen unvergleichbar — während man, aller Erfahrung zuwider, das Umgekehrte sich eingebildet hat —; dennoch aber darf man auch bei den aus ihr Entlassenen keineswegs auf „das blosse Oeffnen der Gefängnissthür" sich beschränken. Eine angemessene Nachkur ist auch für sie Bedürfniss, aber nicht etwa die durchaus nur störende, negative, gehässige polizeiliche Aufsicht, die schlechterdings nur vom Uebel ist, sondern an deren Stelle die Fortführung des im Zellengefängniss mit Erfolg geübten guten Werks vormundschaftlicher Zwangserziehung als eines positiven Mittels. Darin liegt denn auch die unerlässliche Bedingung, deren nähere Angabe wir oben vorbehalten haben, unter der allein die verläufige Freilassung nach Verfluss etwa der halben Strafzeit — wie sie seit 1853 in England auch für den Fall der Nichtverbringung in die Ansiedlungen für zulässig erklärt worden ist — nicht nur unbedenklich sein wird, sondern die allerhöchste Wahrscheinlichkeit des besten Erfolgs für sich hat. Die bisherige völlige Unbekümmertheit des Staats um die Entlassenen ist daher ganz unverantwortlich und fällt auf ihn selbst zurück. Er darf die Fürsorge für sie nicht, als ein blosses christliches Liebeswerk, der Kirche und freien Vereinen überlassen, sondern muss auch seinerseits deren Bemühungen die Hand reichen und ihnen rechtlichen Halt geben, wenn sie nicht zu völliger Bedeutungslosigkeit einzuschrumpfen Gefahr laufen sollen. Er thut diess, indem er auf bestimmte Zeit nach der Freilassung die Oberleitung jedes Freigelassenen mit Rath und That einem, von dem Schutzaufsicht-Verein aus seiner Mitte frei zu erwählenden, besondern Vormund oder Pfleger (gleich als Schutzpatron) anvertraut und an dessen Zustimmung bei allen entscheidenden Schritten ihn bindet, dessen Verwaltung zugleich das aus dem Verdienstantheil und Ueberverdienst des Gefangenen ersparte Sondergut zu übergeben ist und der wo möglich diesen schon während der Gefangenschaft kennen gelernt und sein Vertrauen sich erworben haben sollte. Erst in einer ähnlichen rechtlichen Stellung des Entlassenen, wie des Klienten zum Patron, des Pflegbefohlenen zum Pfleger, wie sie in St. Gallen bereits besteht und für Württemberg vorgeschlagen worden ist*), gelangt die Besserungs-Strafererziehung wahrhaft zur Vollendung und der Staat hat damit das Seinige vollständig gethan, während bisher die polizeiliche Aufsicht und die Verbringung in polizeiliche Bewahranstalten, die von dem alten Zuchthausgeist durchdrungen sind, fast überall das Ihrige gewirkt haben, das Gute, was das Zellengefängniss aufgebaut hatte, wieder niederzureissen.

*) S. den Ausschussbericht der zweiten Kammer (von Probst) über die Zellenhaft vom 9. März 1857 S. 12.

Digitized by Google

Digitized by Google

DE
JURIS COLLECTIONIBUS
SUB AUSPICIIS
JUSTINIANI ET NAPOLEONIS
FACTIS.

PARSONS LIBRARY
University of
MICHIGAN

COMMENTATIO
QUAM
PRO CELEBRANDIS NATALITIIS PRINCIPIS B. M.
CAROLI FRIDERICI
BADARUM NUPER MAGNI DUCIS
HEIDELBERGENSIS LITERARUM UNIVERSITATIS
RESTITUTORIS
DIE XXII. NOVEMBRIS MDCCCXLI

SCRIPSIT
C. FR. ROSSHIRT.

INSUNT QUÆDAM DE JURE ACCRESCENDI, ET DE ERRORIBUS, QUI ILLIS LEGIBUS HAC DE RE ORTI SUNT.

HEIDELBERGAE.
TYPIS CAROLI GROOS, BIBLIOPOLAE ACADEMIAE ET TYPOGRAPHI.

Digitized by Google

Digitized by Google

Academiae nostrae Restitutori, CAROLO FRIDERICO, hic dies festus dedicatur piis patriae votis, coronis commilitonum industriae erogatis, fausta felicique totius urbis celebratione.

Qui dies cum publice dicendi necessitatem mihi imposuerit, ut benigne me audiatis orationemque hanc ab omni doctrinae subtilitate remotam accipiatis precor.

Quum jurisprudentia tantum pro parte orbis terrarum divinos fructus ferat, et ex decretis judiciorum optime constitutorum ipsis saepissime pro jure injuria fiat: quia non solum ex legis verbis sed potius ex lege cognita et ex mente legis jus desumendum est, et quod plurimis adeo legibus pessima respublica fit denique ex legibus ipsis inspectis et invicem comparatis minime accurata juris perceptio efficitur: quaerendum videtur, quare praecipue nostro tempore res judiciaria ita fere administretur, ut pauci tantum judices splendeant vera Jurisconsultorum laude.

Digitized by Google

Quum vero haec quaestio amplioris indaginis sit, quam ut nos his temporis angustiis inclusi ei satisfacere possimus: mentem ad id unum, quo prae omni re magistratuum eruditio et industria probetur, advertamus, utrum Justinianus et Napoleo Imperatores operibus suis jurisprudentiam simpliciorem, meliorem, locupletiorem fecerint, an desideriis JCtorum sui temporis satisfacere sibique, destruendo noviterque inaedificando, nominis immortalitatem quaerere voluerint.

Primum negare, alterum contendere placet.

Jus Romanum privatum jam prima aetate ab omni jure publico et sacro separatum, tum exaequatis Plebeiorum et Patriciorum juribus, paucis legibus absolutum, judiciorum ordini et mori, praetoriisque edictis relictum est. Rebus per longum tempus hac ratione judicatis juris privati prudentia ita exculta est, ut actionibus certis et nominatis omnia jura definirentur et absolverentur, et ut nonnulla tantum arbitrio et aequitati in rebus decidendis permitterentur. Quo tamen modo discrimen illud in actiones stricti juris et bonae fidei, in actiones arbitrarias et in actiones in factum ortum est.

Cum jus civile et praetorium denique in unum quasi collecta essent, indeque disciplina ipsa peculiaribus JCtorum libris conficeretur, sententiis quoque receptis Prudentum rescriptis et edictis Principum jus ipsum magis magisque augeretur, omniaque rursus quasi incerta fierent plurimis in factum, arbitrariis et bonae fidei judiciis: placuit *Justiniano*, totum jus congeri in duas collectiones: in altera collectione jus non rite congestum, in altera non prudenter mutatum et perfectum est.

A. Jus in Pandectis non rite congestum, sed potius digestum est.

Quum *Justinianus* auctores adhiberet, qui multis jam ante ipsum saeculis non solum de jure tunc vigente, sed etiam de fontibus prioribus disserent, et tamen ex ipsis jurisprudentiam sui temporis hauriendam opinaretur, non raro factum est, ut illis alias definitiones supponeret, quam quae ab eis cogitatae et scriptae erant: e. g. in lege prima libri Pandectarum de legatis *Justinianus* aliud quid significavit, quam quod in mente Ulpiani latebat: in l. 47. §. 1. Pandectarum de negotiis gestis *Justinianus* discrimen sustulit inter actionem

Digitized by Google

directam et utilem, cum JCtus ipse tantum de actione negotiorum gestorum directa et utili egerit, de re prorsus singulari quam maxime apta ad jus extendendum, quare de hoc argumento varia etiam in Codicis titulo de negotiis gestis inveniuntur.

Quanquam plura juris instituta *Justiniani* temporibus nullo modo applicanda neque a pragmaticis illorum temporum recognita erant, e. g. jus *Julianum* et *Papianum;* Imperator tamen ejusmodi auctorum scripta expilavit, quae vero iis rebus non respondebant, quas *Justinianus* ipse in Codice sanciebat.

Atque hoc modo factum est, ut Imperator neque in Pandectis neque in Codice Constitutionum clarius et accuratius res suas novas exponeret, neque nostris interpretationibus firmum fundamentum et praesidium certum praeberet.

Quum ergo Digestorum conceptio historica tantum ratione tractari debeat, ideoque *Justinianus* vel *Tribonianus* falsam fidem non magis adhibuisse dicendus sit, quam ille Pseudo-Isidorus pessime tractatus: maximum inde discrimen apparet inter jus Romanum et Codicem Napoleoneum, qui ipse cum sententiis ac verbis potius ei statui rerum, qui nunc obtinet, se applicare soleat.

Sed *Justinianus* historicam explicandi rationem non significavit, neque ideo usum juris docuit: in medio stetit sibimet non ubique confisus e. g. in fideicommissis ab *Augusto* introductis post *Theodosium* sine codicillorum solennitate relinquendis.

Hinc illae lacrymae; JCtorum nostrorum nonnulli, Digesta esse monstrum horrendum, clamant. Alii contra in illis veram et sufficientem juris Romani philosophiam simul et historiam inveniri posse praedicant.

Posteriores, qui hac ratione explicandis Digestis operam dederunt, in eo institerunt, juris scientiam esse artem historicam, sed ipsi non ab omni parte rem inspexerunt: jurisprudentia potius est scientia et notitia justi et injusti, non mortuis sed vivis applicanda eodem modo, quo cognitio rei naturalis in investigandis viribus naturae constat et semper in humanam ipsam salutem adaugetur. Juris scientia est quasi dux prudentiae eorum hominum quibus res judiciaria administranda est.

Sed tamen hanc Pandectarum collectionem *Justinianus*, qui jus sui tempo-

Digitized by Google

ris congerere vellet, historica ratione conficere non satis ipse ausus est. Quum nihil aliud ex hoc corpore juris enucleati quam constitutionem ab ipso latam efficere vellet, a vero iterum aberravit, membra disjecit: sed unum id consecutus est, ut JCtorum Romanorum acumen et sagacitatem *in inveniendo et interpretando* admiremur, librosque habeamus sui generis unicos, ac prorsus primarios, quales sunt libri Sscti Evangelii.

Officio legislatoris non satisfecit Imperator. Pandectae tamen, cum omnes reliqui fontes antiqui juris non amplius extent, non solum antiquitatis, sed et novarum rerum aequalibus nostris sunt unicum et quasi perfectum juris scientiae documentum.

Cujus interpretatio, ut per se difficillima est, ita impeditior redditur mendis, consiliique temeritate, quae *Justiniani* culpa commissa sunt [1]).

Haec vero de Digestis hoc loco sufficiant, quod opus *Justiniano* desperatum videbatur, cujusque rationes et vires a nostris Juris Doctoribus post *Cujacium* et alios luculenter intelliguntur.

B. Quae *Justinianus* in collectione jurium perverse fecit, nullo modo correxit in novo jure constituendo. Cum Aegidius a Löhr indicem constitutionum, quae a *Constantino* usque ad *Justinianum* promulgatae sunt, fecerit: mihi relictum est, ut paucissima de constitutionibus *Justiniani* ex ordine Codicis *Justinianei* referam.

Nostri temporis non interest, quid *Justinianus* in primo libro de ecclesiis et episcopis et *Christianis* constituerit, quia haec solummodo ad historiam ecclesiasticam et ad jus canonicum priorum saeculorum pertinent: nostri non in-

---

1) Conferas — inter plurima exempla *ea* quae a JCtis Romanis relata sunt de computanda quarta Falcidia legatorum annuorum, alimentorum et ususfructus. Duae sunt rationes: una, quae cautionibus adhibitis perficitur (si vel unus legatarius adest, vel plures in annuis legatis instituti adsunt simulque cum iis succedunt, qui in solida re vocati sunt) altera, quae *definitiva* quasi transactione computatur ex principiis legis sexagesimae octavae D. ad l Falcidiam. Conferas quoque doctrinam celeberrimam de juris et facti ignorantia, de qua Savignyus tom. III. Pandectarum disserit, Papinianum solum de errore feminarum locutum esse, licet Justinianus generalem inde exhibeat juris divisionem. Quae vero a Savignyo satis probata fuisse non apparet.

Digitized by Google

terest, quid imperator de jure tum temporis publico vel de regia majestate vel de magistratibus eorumque officiis protulerit, parum ipse jus Constantini mutans. Neque dicamus de iis quae *Justinianus* confirmavit e. g. in lege ultima de pactis, sed in iis solum immoramur, quae immutavit.

In secundo libro Codicis constituit de in integrum restitutione [1]) (inter quae loquitur de notione legitimae vel perfectae aetatis. l. penult. et ult. Cod. 2. 45.) novam legem fert pactorum initorum cum arbitris comprommissariis (l. 4. 5. Cod. 2. 56.); negotiorum gestorum actionem, uti jam protulimus, fovet et extendit. (l. 47. §. 1. D. 3. 5. et l. ult. Cod. 2. 19.)

In tertio Codicis libro quaedam de lite peragenda statuuntur v. c. de lite triennio finienda, de recusatione judicis, de plus petitionibus et de juramento calumniae (Cod. 2. 59. l. 3 — 18. Cod. 3. 1.): tum nova exhibentur in jure privato.

1) *Inofficiosae* leges latae sunt de *inofficioso* testamento. In lege tricesima facit *Justinianus* verba „*vel alio modo subvertendum*" interpretibus difficillima; in lege tricesima quinta transmissionem in heredes heredis constituit, quae lex inimica videtur legi vicesimae secundae §o primae cod. de jure deliberandi; in lege tricesima septima de quasi castrensi peculio disputat sine respectu castrensis peculii.

2) Imprudenter collectae sunt constitutiones tituli tricesimi primi. Nec nostris temporibus historia hereditatis petitionis, quae *mixta personalis* [2]) et *bonae fidei* est, satis intelligitur. Ipse *Justinianus* infaustam constitutionem dedit [3]), hanc actionem tanquam generalem personalibus actionibus quasi addidit, bonae fidei actionem (ne in posterum dubitetur) constituit, non addita ratione, cur prius dubitatum sit.

---

1) Minorum l. ult. Cod. 2. 41. l. ult. cod. 2. 47. l. ult. cod. 2. 51. De anno utili in quadriennium continuum transfuso l. ult. Cod. 2. 53.

2) l. 7. Cod. h. t. Rosshirt Zeitschr. tom. IV. in fine.

3) l. ult. Cod. h. t.

Digitized by Google

3) Controversiarum maximarum, quod adtinet servitutes, in suis constitutionibus ipse occasionem dedit [1]).

4) Ex lege ult. Cod. tituli tricessimi octavi intelligitur, antiquam collationem emancipatorum jam tunc et ante novellam centesimam decimam octavam in usu juris non obvenisse, cum filii filiaeque donationem propter nuptias vel dotem habeant praecipuam si in testamento pater de hac re tacuisset.

5) In lege ult. tituli quadragesimi tertii est celeberrima lex ludorum — edictum quasi praefecti morum, adjuvante episcopo exercendum: simul contra blasphemos et perjurantes.

In quarto Codicis libro quaedam sunt, quae ad contractus spectant [2]): nihil tamen plane novi introduxit imperator. Stipulatio adhuc fuit contractus generalis, nec commutari potest cum instrumentis emtionis venditionis, locationis conductionis, et emphyteuseos: ipsa enim stipulatio, si scriptis celebrabatur, ex una parte fuit contractus perfectus, ex altera instrumentum probationis vel plenariae securitatis.

Novus fuit contractus literalis per exceptionem non numeratae pecuniae.

Donatio facta est pactum legitimum. De constituta pecunia et de beneficio divisionis, si plures in solidum constituant, novam legem dedit. (4. 18.) Majoris momenti est constitutio usurarum (l. 26. Cod. 4. 32). Ad compensationem et deductionem (et novationem lib. 8.) novam interpretationis rationem monstravit [3]). (l. 21. Cod. 4. 34.)

Liber quintus Codicis continet nuptias et tutelas. Si matrimonia inter impares personas ineuntur, praescripta sunt instrumenta dotalia eo sensu, quo instrumenta jam in omni contractu remedia probandi fuere: (l. 23. §. 4. Cod. 5. 4.)

---

1) De legato usufructu, de heredibus legatarii, de habitatione, de praescriptione ususfructus, de nonusu servitutum praediorum l. 12 — 17. Cod. 3. 33.

2) Multa exhibet hic liber de testibus et instrumentis et edendo (tit. 20. 21.) de jurejurando extrajudiciali, quod juramento legali calumniae opponitur. (leg. 11. 12. 13. Cod. 4. 1.) de chirographis tit. 4. 2.

3) Ut actiones et ab heredibus et contra heredes incipiant 4. 11. de debitore rei alternatae, qui utrumque solvit, 4. 5.

Digitized by Google

— in dote *Justinianus* dedit uxori tum actionem rei uxoriae revocatoriam personalem, tum vindicationem et hypothecariam realem [1]); transfudit denique rei uxoriae actionem bonae fidei in actionem ex stipulatu stricti juris quae vero speciem actionis bonae fidei induebat [2]): parapherna semper erant bona uxoris [3]); in naturalibus liberis legitimatio per subsequens matrimonium locum habebat [4]).

In tutelis a patre naturalibus constituebatur tutor testamentarius [5]). Mater tutrix SCto Vellejano renunciare debet. [6])

In libro sexto Codicis hereditates tractantur. Neque in Codice neque in Institutionibus de conjungendis cum jure civili bonorum possessionibus disseruit: bonorum possessionem in Institutionibus tanquam appendicem historicum apposuit, ita, ut huic juris subsidio ex edictis praetoriis orto nulla suis temporibus esset vis pragmatica. Quo factum est, ut *Justinianus* nobis relinqueret campum a Hugone nostro primum excultum, ad cognoscendum jus hereditarium plane fertilem. In aliis quaedam mutavit:

1) in collationibus *Justinianus* omnia conferri voluit, quae in quartam portionem imputantur, et quae, si dos vel donatio propter nuptias ab una parte conferantur, alteri simpliciter donata sunt. Utrum collatio emancipatorum sublata sit, nec ne, magna inter nostros controversia est. Duae sunt sententiae, altera, quae grammatice singulis constitutionibus inhaeret, neque id quaerit, an collatio emancipatorum fieri possit, altera, quae logice interpretatur, et collationem quasi mutationem juris ab intestato nunc ex Nov. 118. depromendi explicari vult. (6. 20).

---

1) l. 29. 30. 31. Cod. 5. 12. Hugo historia jur. pag. 1122 (XI. ed.)
2) tit. 5. 13.
3) l. 11. Cod. 5. 14. Hugo hist. pag. 1123.
4) l. 8. 10. 12. Cod. 5. 27.
5) l. 4. Cod. 5. 29.
6) l. 3. Cod. 5. 35. alienatio rerum pupillarium l. 28. Cod. 5. 38. auctoritas praestanda. l. ult. Cod. 5. 59. de curatore furiosi l. 6. Cod. 5. 70.

Digitized by Google

2) Quod ad solennitatem testamenti adtinet, *Justinianus* ita constituit: Antiquum testamentum per nuncupationem transtulit in nuncupativum [1]: revocationem testamenti non ut olim, decennio tantum praeterlapso, sed praeterea adhibitis tribus testibus vel insinuatione in acta publica facta admisit. Ex ordine scripturae in testamento nil pendebat [2], subscriptionem testatoris, si testamentum non ipse scripserat, imperavit, privilegium dedit illis, qui neque in civitate, neque in castris, sed ruri et inter homines juris imperitos, literarum ignaros et rusticos degerent [3].

3) De instituendis heredibus nihil constituit [4].

4) De exheredandis heredibus accurate non cogitavit et scripsit: in jure suorum differentiam sustulit inter mares et feminas l. 3. Cod. 6. 28. l. 4. Cod. 6. 29. Nov. 115. unde controversia exorta est nostrorum celeberrima.

5) In adeunda hereditate ex lege 19. Cod. 6. 30. non docte edixit de eo casu, si heres deliberatione minime petita intra annale tempus post delatam hereditatem decesserit [5].

6) Doctrinam legatorum et fideicommissorum rerum singularum exaequavit, sed ita, ut pinguior natura vel legatorum vel fideicommissorum conservaretur [6]. De fideicommisso heredi praesenti injuncto loquitur l. 32. Cod. 6. 42.

7) Famosissimam dedit *Justinianus* constitutionem de caducis tollendis (6, 51.) qua neque jus antiquum neque jus *Julianum* satis rite et in notionibus, et in verbis distinxit, atque interpretibus quam maximam controversiam excitavit [7].

---

1) l. 26. Cod. h. t.

2) l. 24. Cod. h. t.

3) l. 31. eod.

4) Heredes in re certa scriptos legatarios fecit, ipsamque heredis certae rei definitionem confecit l. 13. Cod. 6. 24. infaustam constitutionem tulit, quae ad substitutionem mente captis factam adtinet l. 9. 10. Cod. 6. 26.

5) Legis 22. §um. 1. Cod. h. t. ita tulit, ut, quod interpretes grammatice statuant, rationi non conveniat.

6) 6. 43.

7) Legem Juliam miscellam de viduitate sustulit. Poenae nomine relicta admisit. 6. 41.

Digitized by Google

8) Magni momenti sunt constitutiones de bonis, quae extrinsecus ad filios familiarum veniunt et de hereditate filiofamilias delata l. 6. 8. Cod. 6. 61 [1]).

Liber septimus eo quidem consilio conscriptus videtur, ut omnia, quae jam ante *Justinianum* obsoleta erant, quasi una voce removerentur et collectio juris ipsa firmo et novo fundamento insisteret (tit. 1. usque ad 26.) e. g. tit. de jure antiquo Quiritium, de rebus mancipi et nec mancipi, et quae sunt reliqua.

Pragmaticorum studium tenet

1) constitutio de usucapione transformanda, fons uberrimae controversiae [2]),

2) praescriptio dominii et jurium [3]), praesertim libertatis hypothecarum et servitutum. Praescriptio olim fuit exceptio et in hypothecis contra creditores. Cum vero praescriptio in longi temporis possessionem commutaretur, actionemque daret, praescriptio tamen hypothecae contra creditores semper remansit exceptio.

3) Judicium tulit Imperator de eo, per quem possidebatur, si hic possessionem dereliquisset — quae res iterum causa magnae controversiae exstitit [4]).

4) Denique profert *Justinianus* illam celeberrimam legem [5]), qua cavet, ne id, quod interest, in casibus certis duplum excedere debeat, in illis autem, qui incerti esse videantur, id omne, quod interest, probetur et praestetur; discrimen tam in facto quam in jure vix tolerandum.

Multa alia sunt, quae in ordine litis ac procedendi a *Justiniano* ordinata sunt, quae vero, nostro jure procedendi mutato, magis ex argumento legis quam recta interpretatione ad nos proficiscuntur. Ordinatio enim processus per Germaniam communis suum habet fundamentum, et jus Canonicum praebet quasi ejus originem: paucissima ex jure Romano derivantur.

In libro octavo nonnulla nova sunt:

---

1) Videas Nov. 118. 127.
2) l. 1. Cod. 7. 31.
3) l. ult. Cod. 7. 33. l. 8. Cod. 7. 39. de praescriptione longissimi temporis.
4) l. 12. Cod. 7. 32.
5) l. un. cod. 7. 47.

Digitized by Google

1) In hypothecis statuit *Justinianus* vim hypothecae generalis [1]) et dominii impetrati [2]).

2) In patria potestate edixit, ut discrimen fiat inter adoptionem plenam et minus plenam [3]). Emancipatio proponitur *Justinianea* [4]).

3) De donationum solennitate, perfectione et de donatione mortis causa varia constituit [5]).

4) Alia sunt, neque vero magni momenti: e. g. constitutio *magnam* (l. 12. Cod. 8. 38.) de eo quod interest, porro const. *generaliter* (l. 28. Cod. 8. 41.) de obligatis correis debendi peracta cum uno litis contestatione.

Neque numero, neque auctoritate omnes hae leges ab illis discrepant, quae a *Constantino* Magno latae sunt. At vero hic ipse *Constantinus*, regiminis reformator, non imperator reipublicae, ut olim, sed autocrator populi, edictorum principalium, quae in posterum pro unico juris fonte essent, inventor — tam in sacris quam in profanis, in publico et in privato jure majores mutationes constituit, quam noster *Justinianus*.

Nec tamen in Novellis meliora fecit Noster: imprudentissime leges tulit, ut in Novella 115., nec satis accuratae sunt Nov. 1. de juribus et officiis heredum, qui ab intestato succedunt, praesertim in testamento destituto et de praestandis legatis — Nov. 18. partim ob augendam legitimam portionem heredum partim ob collationem in successione ex testamento — Nov. 4. et 99. ob beneficium excussionis et divisionis, — Nov. 74. 89. de naturalibus liberis — Nov. 107. de testamentis parentum et eorum divisione inter liberos — Nov. 108. 159. de restitutionibus fideicommissariis — Nov. 117. de peculio adventitio irregulari — Nov. 158. de transmissione et jure deliberandi. Laudandae vero sunt Nov. 118. et Nov. 127.

---

1) l. 9. cod. 8. 17.
2) l. 2. cod. 8. 34. de novationibus jam pag. 6. verba facta sunt l. 8. Cod. 8. 42.
3) l. 10. Cod. 8. 48.
4) l. 6. Cod. 8. 49.
5) l. 35. §. ult. l. 36. Cod. 8. 54. l. 4. Cod. 8. 57.

Digitized by Google

In codice ipse constitutiones priorum imperatorum non tam intelligenter et perspicue excerpsit, quam ante ipsum *Theodosius:* edicta et rescripta parum sollicite confudit et permiscuit, ita, ut nostro quoque tempore rescripta alio modo interpretari debeamus, quam edicta.

Historicam artem neglexit usquequaque, perspexit neque jus praetorium neque jus auctorum: leges antiquas, sententias judiciorum, opiniones singulorum, mores populi inter se miscuit, quae tum a Glossatoribus luce historica etiam indigentibus tum a *Cujacio* et a nostri temporis doctis antiquitatum gnaris explicata his majorem laudem pepererunt, quam *Justiniano* ipsi.

Hoc uno solatio acquiescere potest Imperator, se instrumentum fuisse providentiae, quo Romana in jure ratio orbi terrarum in aeternum conservata sit. Non est dulce nomen — nominari Justinianistam. —

Post scholam Glossatorum et Scribentium mox in Italia exstitit schola novi juris in re criminali, processus, et germanico-feudali. Canonicum et Germanicum jus, mores ecclesiae et populorum terrarum orbem tenentium cum Romano jure quasi mixta erant: altera pars moribus et literis Romanis insistebat, altera ingenio Germanico. Nec minus valent postea opera gloriosa Molinaei, Zasii, Carpzovii, quam excellentissimi libri Cujacii, Donelli et aliorum. Cum jus de ordine processus et poenarum nostro juri publico quam maxime adnexum sit, minimae solum definitiones ex jure Romano repetendae sunt, jus autem processuale et criminale ex germanica historia originem ducit, quod nunc ita explicatur, ut Savignyus doceat, in re processuali et criminali leges esse novas concedendas, nullo vero modo in lege privata. Discrimen vix tolerandum, cum jus privatum iis rebus exceptis, quae jure omnium gentium consistunt, applicandis tantum juribus litium et procedendi quasi nitatur.

Cum philosophia seculo duodevicesimo novos tramites aperiret, et divino velut numine in unum omnium disciplinarum imperium eveheretur: jus ipsum ex generalibus quibusdam notionibus, quod ad elementa attinet, quasi capiebatur et excolebatur. Atque hoc pacto in rempublicam administrantes no-

Digitized by Google

vus publicae salutis promovendae appetitus invasit, et factum est, ut ea nascerentur, quae in Codice Napoleoneo quasi elementa rerum novarum insunt.

Sed ante omnia videamus, quaenam sententia nostra quoque aetate et in Germania ipsa de hoc codice quasi ex indole populi profecto feratur. Dicunt homines, jus *Napoleoneum* esse *Germanicum*, oppositumque moribus Romanorum, conveniens populis nostris et juri publico, abhorrens ab historicis rationibus et monumentis Romanorum. Dicunt Rhenani, dicunt Badenses, hoc jus nostris consuetudinibus ortum ideoque facilius intellectu, domesticum esse, sed revera conjunctum cum principiis rationis Romanae, naturalis et gentium: quia et ea ex naturali omnium hominum jure profluant. Hoc jus, aiunt, populis, qui nunc florent, latum ita est, ut Christi confessoribus evangelium: saluberrima, quae omnibus populis affulserit, lux aeterna.

Sed ne gloriemur, singula sigillatim videamus.

I. In libro primo Codicis plura recensentur, quae non omnino ex jure Romano desumta sunt, et in quibus jam singula territoria juris gallici et germanici suas habuerunt constitutiones: nuptiarum, tutelarum, patriae potestatis. Sed

a) in jure Gallico, quod nunc est, plurimae quasi praejudiciales res noviter intellectae et congestae sunt e. g. status civilis hominum.

b) In nuptiis quidem jus ecclesiae non probatur, neque vero reprobatur: sic jus franco-gallicum omnem controversiam sustulit, quae inter Germanos pace Westphalica orta, jure politico recentiori erat profliganda, Principum vero Germanicorum semper insedit in conscientia politica.

c) Plura denique in rebus familiaribus a legislatoribus Gallicis opere quasi philosophico constructa, neque populo ipsi neque doctis sufficiunt. Patria potestas cum jure publico non cohaeret, annis tantum finitur, et dum durat, nulla est: adoptio quasi monstrum juris. In tutelis consilium domesticum vel judicium domesticum non ita adhibetur, ut pupillis et curandis sit solatio, eorumque negotia promoveat.

Hae institutiones juris Gallici Germanis plane novae sunt, quia jura Ro-

Digitized by Google

manorum longo tempore jam recepta floruerunt, et populo germanico et doctis satis cognita fuerunt.

II. Nonnulla autem sunt in jure Gallico, quae re vera ex consuetudinibus nostris collecta sunt, et rationibus nostris plane conveniunt. Ejusmodi est doctrina de rebus soli et de juribus in rebus soli, excepta re hypothecaria. Hoc argumentum bene tractat liber codicis secundus.

In jure Romano, etsi sanas rationes dominii et servitutum tradit, plura tamen pendent ex antiquo discrimine rerum mancipi et nec mancipi: et ex acquisitione discrimine hocce orta, quae ad acquirendas servitutes extendebatur, tunc ex propriis rationibus viarum, aedificiorum, luminum, insularum [1]), arearum, porticuum, quae ubique a nostris rebus plane aliena sunt.

Jus Franco-Gallicum vero ex moribus urbium Francicarum et Germanicarum, praesertim Parisinorum, ex finibus et cultura agrorum germanici moris, ex vicinitate et usu locorum cuncta derivat et describit, et solum quod adtinet ad aquam, fontem, aliaque ad hanc rem spectantia rationes et principia juris Romani recipit.

Cum denique in eodem libro jura abrogata sint, quae olim ordinibus, nobilibus, clericis et antiquo juri publico amica, novisque rebus inimica erant, ea dico, quae ad privilegia regiae potestatis in rebus privatis, patrimonia juris publici, jura realia, bannalia, decimandi, ecclesiae spectant, amorem et benevolentiam plurimorum, quos appellamus populum, praecipue sibi conciliavit legislator. Hinc vero orta est indigna antiquae nobilitatis de his legibus aestimatio, ex quo sequitur, codicem Napoleoneum non esse germanicae historiae ipsius purum, uti nonnulli dicunt, documentum, sed novarum rerum politicarum filium quasi unigenitum. —

III. In negotiis inter vivos vel mortis causa, quae tractantur in libro

---

1) De luminibus et insulis multa dubia remanserunt. Videas doctrinam de servitt. et de insulis. *Pitisci* lexic. antiqu. Rom. voce insula: Tacitus Annal. XV. 43. Dureau de la Malle (Memoire des Inscriptions vol. XII. 2. pag. 237. sequ. Journal des Savants 1836. Août p. 487.

Digitized by Google

codicis tertio et ultimo, plurima jam ante violentam regni conversionem sunt inventa juris hereditarii — plurima noviter nunc excogitata in jure contractuum.

Cum successione mortis causa conjuncta simul est doctrina donationum et quidem earum, quae non mortis causa fiunt. De hac re codex nihil quidem novavit, sed historiam juris Gallici secutus ea in artem redegit, quae jam a Ludovico decimo quinto in constitutionibus „*des donations* (anno 1731.) et *des testaments* (anno 1735.)" data erant, rejectis iis, quae in lege „des substitutions" (anno 1743.) lata erant. Jam in principiis et elementis valde erravit codex, si doctrinam de hereditate et legatis et donationibus in jure Romano excultis summam haberi velis, licet vituperare nolimus, testamentum in jure Gallico esse codicillum ab intestato, et heredem ab intestato esse fiduciarium et executorem generalem testamenti. Sed praecipue, quod ad legitimam adtinet, maximae in codice sunt angustiae. Nusquam in hereditate reperitur consequentia, elegantia, aequitas, nec Franco-Gallis bellorum civilium furore agitatis mors apparuit beatus vitae feliciter peractae finis.

Generalis ordo et principium consummationis in contractu melior quidem est, quam ille usus incertus juris Germanici, quo omnes conventiones et pacta, quae obligant, contractuum vim et figuram habent: sed regula celeberrima juris Gallici de discrimine contractuum bilateralium et unilateralium non est ita lata, ut omnes lites extinguerentur, qua vero de re specialis quaestio desideratur.

IV. Sed res literaria in hoc codice quam maxime neglecta est, quod multis exemplis satis demonstrari potest.

A. Possessio *alia* est in praescriptione, *alia* in ordine judicii liteque: altera ex jure Romano desumta et possessio nil nisi res facti est: altera ex jure Germanico possessio profluit et quasi res juris et dominium est — dominium praesumtivum, provisorium, uti recentiores dicunt. In servitutibus possessio a JCtis Gallicis merito etiam in lite ad jus Romanum refertur, quod non solum auctores, sed illud quoque praestantissimum tribunal, quod curia cassationis appellatur, testantur.

B. In jure praescriptionis neque acquisitio dominii et constitutio jurium,

Digitized by Google

neque extinctio actionum et jurium rite sunt distinctae et definitae: multa ex moribus juris Germanici depromta neque finita: multa rationi Romanae proxima et consentanea e. g. in acquirenda libertate hypothecarum contra creditores.

C. In jure pignorum et hypothecarum retentio et antichrestica (ἀντιχρηστική) rei detentio est germanici juris privilegium, neque uti apud Romanos in jus exigendi simplex et in privilegium hypothecae dividitur, sed omnibus obligationibus praefertur. In jure hypothecarum nimium libellis inscriptionum tributum est, etsi ii vero ad veritatem et stabilitatem juris non accedunt.

D. Generaliter incidit codex Napoleonis in maximos errores eo, quod scientiam juris in Pandectis traditam recipit (raison écrite) sed ex libris hausit et ad libros remisit jus Romanum non satis intelligentes e. g. ad libros Pothieri. Exempla sunt conditiones, obligationes alternatae, diligentia et culpa, periculum speciei obligationis, legatum rei alienae etc. [1])

Notionum et definitionum, quas codex ipse protulit, natura neque logica, neque juri consentanea nec elegans habetur.

V. Sed caveat quisque, ne sententiam ferat ex singulis tantum articulis codicis conceptam. Nam Franco-Galli ipsi omnia derivant ex jurisprudentia sua et ex sententiis similiter judicatis. Est apud Gallos etiam discrimen inter jus strictum, quod ex literis articulorum proficiscitur, et inter jus aequum, quod jurisprudentiae ipsius auctoritate defenditur. Non sufficit cognoscere leges, sed bene versati simus in usu et interpretatione juris Gallici.

In terris igitur Germanicis, in quibus jus Napoleoneum receptum est, ex Pandectis Gallicis, ut ita dicam, vera et recta ratio juris Gallici desumitur, omnium controversiarum et opinionum et sententiarum juris Gallici sufficiens nostris JCtis sit copia: jusque ipsum tantum ex prudentia Gallorum hauriendum et augendum est. Quaevis alia ratio tollit certam et finitam juris applicationem.

VI. In jure Gallico promovendo duo fere desiderantur:

1) cum codex compendium sit legale, simile juri Austriaco et Borussico,

1) Rosshirt Zeitschrift tom. IV.

Digitized by Google

et ad exemplum quoddam scientiae excultae referendus sit, semper ad fontes Romanorum jam ut Galli artem et methodum juris cognoscant, res ipsa trahenda est, et praecipue Digesta historica ratione apud Gallos explicanda sunt.

Quo modo jam factum est, ut jurisprudentia Gallica meliorem se exhibeat nostris temporibus, quam tempore, quo codex ferebatur. Excessit ex jure Gallico indoles militaris, non amplius proferunt philosophiam socialem, a nostris Doctoribus juris publici et criminalis tantopere defensam; Dei cultus propriam recuperavit integramque vim et auctoritatem, denique omnes JCti Gallici praesertim praesides et procuratores judiciorum acriter adnituntur, ut, quod in jure applicando maximi momenti est, principia ubique dominentur summa.

2) Galli ipsi carent literatorum copia, quae non minus desideratur in judiciis Germanicis, ubi jus civile Gallicum floret.

Si autem in judicum collegio vel Senatu unus tantum literatus sententiam diceret, omnia respicerentur, quae ex jure Romano, ex consuetudinibus Franco-Gallicis et Germanicis praecipue dijudicanda et quasi fontes sunt juris subsidiarii legibus et moribus quam proximi.

In hoc Napoleonis opere, in quo instituendo et perficiendo non tam laboris quam honoris laus quaesita est, parum subtilitatis et accuratae rerum investigationis inest. Napoleonem vero in suis singulis sententiis de jure latis hominem intelligentissimnm et sagacissimum, quamquam nullo modo JCtum fuisse censemus.

Digitized by Google

De Jure accrescendi ex principiis juris Romani et nostri tam Germanici quam Gallici.

Celeberrimum argumentum, quo nostra disputatio in singulari juris themate illustratur, et id, quod jam ex jurisprudentia Romanorum ad nos pervenit, nostroque juri privato quodammodo inservit, perspicitur, nec non, quod ad minimas res adtinet, cognoscitur, inveniri potest in jure accrescendi.

Neque in operibus *Justiniani* neque apud nos historica ratione id, quod in hoc jure valet, ex antiquo vel medio jure Romanorum derivari potest: nec enim est id, quod fuerat, semper fons novi juris sed decet JCtum saepissime aliunde juris mutati et vigentis rationes quaerere. Itaque nova accrescendi jura non ex directo juris usu et ex sano intellectu earum notionum, quae locum habuerunt, capiuntur, sed ex incerta legislatoris opinione et ex non accurata singulorum scientia.

I. Jus antiquum.

Explicatio eorum, quae apud Romanus in hoc jure accrescendi obtinebant, tam difficilis est, ut *Justinianus* ipse mutationes juris ante ipsum factas neque accuratius perspiceret, neque de hoc argumento rite disputaret.

In antiquo jure duplex est jus accrescendi:

Digitized by Google

A. Ex illa regula: „Neminem testatum et intestatum decedere", qua omnis heres semper in solidam hereditatem vocatus est, etsi in partem bonorum vel in re certa institutus fuit, scilicet si alii heredes defecerant.

B. Ex voluntate testatoris, qua ii heredes, qui nominatim in partem quandam solidam instituti sunt, in hac parte aliis heredibus antecesserunt.

Quod posterius argumentum et in legatis obtinebat; sed ibidem occurrit distinctio, qualem in heredibus habere non solemus: potest enim tota res tanquam solida pluribus relinqui, nempe in legatis per vindicationem datis, cum in legatis per damnationem vel alio modo relictis vel res ipsa vel pars rei in hereditate remaneret.

Quamquam autem jus accrescendi in legatariis semper ex voluntate testatoris descendit, et in jure antiquo solummodo ad legata per vindicationem referendum est, duplex tamen modus ita statuendus est, ut

a) si quibusdam tota res legata erat, concursu solo (neque vero institutionis et sermonis ratione) partes fierent,

b) si quidam communi voce ad rem vocabantur, hi jam institutionis vel sermonis ratione rem deficientis legatarii caperent.

Ii, qui priore ordine (ad *a*) instituti sunt, non conjuncti erant, ideoque jus accrescendi antiquum non habebant, sed quisque ad ipsam solidam rem vocatus erat. Quo modo factum est, ut onera deficientis legatarii alteri non incumberent, qui totam rem caperet, quia institutione in partem vacante jus et onus vacarent.

Sed cum ex principiis juris *Juliani*, diversa tradita sint, evenit, ut hi legatarii prioris ordinis *re* conjuncti appellarentur, quod antiquo juri non convenit.

Neque denique heredes, neque legatarii, si jure accrescendi gaudebant, quasi substituti habentur, nec ex eo illud pendet, ut onera ferant, nam et substituti tunc solum antiquo tempore legata praestiterunt, si ea ipsis nominatim injuncta erant et praestationem legatorum ab ipsis singulis fieri jussum erat.

Digitized by Google

II. Jus Julianum.

Quodsi autem diximus, deficientis portionem in legatis per damnationem hereditati retineri, in vindicationum legatis vero collegatariis accrescere, admonendum est, hoc ante legem *Juliam* et *Papiam* civili jure ita fuisse, post legem autem *Papiam* deficientis portionem, contraversia JCtorum peracta, in *omni* legato caducam fieri, et ad eos pertinere, qui in eo testamento instituti liberos habeant. Caducum vocatur, quod pro non scripto non habetur i. e. quod testamenti conditi tempore juste quidem et rite relictum est, postea vero non constitit.

Et quanquam prima causa in caducis vindicandis heredum liberos habentium, deinde si heredes liberos non habent, legatariorum liberos habentium fuit, tamen lege ipsa *Papia* significatur, ut collegatarius *conjunctus*, si liberos habeat, *potior sit* heredibus, etiamsi hi liberos habituri sint.

Simul quoque plerisque JCtis sed non omnibus, ut jam relatum est, placuit, quantum ad hoc jus, quod lege *Papia* conjunctis constituitur, nihil interesse, utrum per vindicationem an per damnationem legatum sit.

Parentes et liberi usque ad tertium gradum *jus antiquum* retinuerunt, ergo jure accrescendi antiquo usi sunt, si patres non erant. Quomodo jus accrescendi et vindicatio caducorum inter se discrepent, non solum in his, sed in aliis quoque rebus mox intelligemus.

Caducorum vindicatio et in fideicommissis obtinuit, indeque venit, ut is, qui caduca vindicaret, onera solvere deberet, quae deficienti injuncta essent.

Cum vero heredes vel legatarii *patres* vindicationem haberent, et *conjuncti* aliis praeferendi essent; conjuncti fuerunt ii patres,

a) qui in solidam partem rei cum aliis *sermone* vocati sunt i. e. re et verbis conjuncti,

b) sed et ii patres, qui aequis partibus in rem totam instituti sunt i. e. verbis conjuncti,

c) denique ii, qui concursu solo partes fecerunt i. e. re conjuncti.

Tali modo haec significatio verborum exorta est, quae in singulis locis

Digestorum invenitur. Qua solum ratione dici potest, heredes, qui aequis partibus ad quotam vel rem hereditatis vocati sint, aliis praeferendos haberi, non minus illos jus praelationis obtinere i. e. potiores esse in jure accrescendi qui concursu solo partes facerent: — quae vero *conjunctiones*, etsi jure *Justinianeo* ex nostra sententia sublatae videantur, nostris tamen JCtis argumentum perversae interpretationis praebuerunt.

III. Jus Justinianeum.

Ante omnia quaeritur, quae res in jure accrescendi tempore *Justiniani* usum fori obtinuerint, quaeque postea *Justinianus* constituerit? l. un. Cod. 6. 51.

Num jus *Julianum* et *Papianum* jam ante *Justinianum* Pandectis nondum confectis in desuetudinem abiit? De quo nihil constitutum est, nisi id respicere velis, quod *Justinianus* ipse in pr. Cod. h. t. occasione data obtulerit „haec lex (*Julia* et *Papia*) per desuetudinem abolita est". Alii contra opinantur, notiones juris *Juliani* et discrimen conjunctorum in re et verbis conjunctos, et verbis conjunctos et re conjunctos jam ex librorum antiquorum auctoritate posterioribus JCtis retentas, neque a *Justiniano* ipso in lege unica desertas esse.

Nobis autem videtur, *Justinianum* in lege unica cit. non solum id sustulisse, quod ad heredes et legatarios *patres* pertinet, eodem fere modo, quo discrimen inter res mancipi et res nec mancipi oblivioni tradidit, et simul ea omnia antiquavit, quae libro septimo Codicis tanquam per tacitam desuetudinem jam abolita in Codicem ipsum quasi caput mortuum retulit, *sed potius nova statuisse de conjunctione ipsa.*

Sed haec ipsa est quaestio nostri saeculi gravissima.

Glossatores, qui jus *Julianum* ignoraverunt, juris antiqui naturae inhaeserunt et sententiam protulerunt, quae et a plerisque JCtis nostri temporis recepta est et divulgatur. Cum autem jus *Julianum* hominibus doctis nostri temporis satis cognitum nunc videatur, res interpretando eo perducta est, ut opinentur *Justinianum* illas notiones *Julianas* semper in mente habuisse, quae

Digitized by Google

ipse ex libris *Ulpiani* et aliorum receperit. Ita interpretantur legem unicam Rudorff, Huschke, Mayer.

Justinianus autem ipse tam late de hac re disputat, et quamquam ad origines juris antiqui et *Juliani* et ad conjunctionem jurium usu quodam comprobatam respicit tam minus accurata verba facit, ut neque ex verbis neque ex mente Imperatoris vera constitutionis unicae ratio duci possit.

Quae cum ita sint, constitutio ipsa firmissimum argumentum illius sententiae praebet, quae in disputatione ipsa a nobis de plurimis *Justiniani* constitutionibus lata est.

Denique vero, ut, quid nobis de hac re videatur, appareat, discernamus hereditates et legata.

A. In hereditatibus tres occurrunt quaestiones:

I. an heredes verbis solum conjuncti ex mente legis unicae conjuncti habeantur?

Quam quaestionem Baumeister jam ex natura rei affirmat, idem enim esse dicens, utrum *A. B. C.* in quartam partem bonorum defuncti vocentur, an *A. B. C.* ita instituantur, ut quisque eorum unciam habeat. Quod vero jam ideo falsum esse opinor, quia a solennitate instituendorum heredum apud Romanos usitata abhorret. Uncia enim est pars singulis data, quarta autem bonorum pluribus designata est solida et integra quota hereditatis ipsius.

Quod si vero nonnulli Docti interpretatione historica utuntur, non ignoramus, aliam fuisse rem in jure *Juliano Papiano*, aliam in jure antiquo. *A. B. C.*, si quisque eorum in unciam hereditatis vocabatur, iique omnes sermone collecti erant, ita ex jure *Juliano* instituti fuerunt, ut ab iis heredes *patres* vel fiscus excluderentur. Et eam jam mentem ex lege caducaria sublata a *Justiniano* demum receptam hi historici JCti nostri temporis statuunt: Rudorff nempe, Huschke et Mayer ad verba §i 10. legis unicae Cod. tit. provocantes.

Haec autem in hac §o nullo modo reperiuntur: potius ex §o 11. id intelligitur, *Justinianum* semper solidam partem in mente habuisse, in quam omnes

Digitized by Google

conjungebantur, quod accuratissime probatur fragmento 66 D. 28. 5. et §o 8. Instit. 2. 20.

Hujus rei optimum testimonium praebent, quamquam ipsi ad jus Romanum non respiciunt, Commentatores juris Gallici, quia naturae juris et voluntati testatoris insistunt affirmantes, heredem jam ex disponentis ore et verbis suam certam et distinctam habere partem ita, ut cum conjunctio quaedam re et verbis non exstet, si hac indistincta loquendi ratione conjunctio legatariorum effici deberet, hoc lege quadam expressis verbis lata probandum esset. Quae autem probatio semper jure Romano deerit, cum contra *Justinianus* legem *Juliam* omnino tollere voluerit.

II. An ab heredibus re solum i. e. hereditate conjunctis, qui omnes heredis institutione invicem jam conjunguntur, alii heredes praecipue re et verbis conjuncti excluduntur?

Quae ipsa quaestio antinomiam quandam continet, neque recte proposita videtur, quam vero Göschenius nihilominus affirmat, quia ex analogia legatorum id sequatur, et jus accrescendi hoc loco sit jus non decrescendi et cum in lege *Julia* et *Papia* quoque talis conjunctio potior sit, quam jus vindicandi fisco concessum.

Contra prius vero argumentum jam Thibautius optime id exposuit, omnes heredes ad totam hereditatem vocari ex natura testamenti, quia nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedat: itaque argumentum ex legatis desumtum ad hanc rem non spectare: quod vero ad legem *Juliam* et *Papiam* adtinet, omnia ex eo a Göschenio derivantur, quod in §o 8. legis unicae constitutum sit, onera semper ab eo esse solvenda, qui lucrum capit. Hoc autem ad ea onera non trahendum est, quae *in specie* illi injuncta sunt, qui hereditatem respuit vel heres non fit et qui cum alio herede in parte hereditatis tanquam solida re, et verbis i. e. in specie non est conjunctus. Nam jus accrescendi et nostro tempore nullo modo est jus substitutionis.

III. Quaeritur, an et quomodo distinguendum sit, si singuli heredes in certas partes alii vero sine parte instituuntur.

Digitized by Google

Mühlenbruchius ita statuit, ut heredes re conjunti, si, cum heredibus re et verbis conjunctis concurrant, ipsi tanquam re et verbis conjuncti respiciendi sint, quod jam ex ratione sermonis et sanae interpretationis ita intelligendum sit. Secundum hanc sententiam ii, qui sine parte instituti sunt, re et verbis quoque conjuncti essent: sed talis conjectura neque ex jure antiquo neque ex jure legis *Juliae* et *Papiae Poppaeae* defendi potest, quod jure antiquo omnes hi heredes sermone nullo modo suut conjuncti, et quod in jurisprudentia legis *Juliae* et *P. P.* tam re conjuncti, quam sine parte vocati, cum hi verbis conjuncti esse possent, potiores fuerunt, quam patres et fiscus. Igitur in iis, qui sine parte instituti sunt, ex verborum conceptione ipsa res pependit, ut Mayerus comprobat; cum autem in legis 17. §o. 1. D. 28. 5. ii, qui sine parte scripti sunt, verbis conjuncti non essent, merito JCtus sententiam suam protulit quam probo.

Faber et Thibautius sine parte vocatos verbis conjunctos esse statuunt, ideoque ex jure antiquo non esse conjunctos praesumunt, quod vix crediderim, nec id cum sana interpretatione Mayeri consentit.

Si verborum conjunctionem eximere velis, sine parte vocati neque jure antiquo neque novo conjuncti sunt: ideo si quis eorum deficiat, omnes ubique heredes jure accrescendi uti possunt. —

B. Quod ad legata attinet, haec observanda sunt:

Quum omnia, quae in Digestis et in Institutionibus excerpta et relata sunt, nihil plane valeant, si ad mentem legis ultimae Cod. de caducis tollendis respicias, et cum inde negari non possit, auctores classicos a *Justiniano* merito esse neglectos, quia de jure solum legis *Juliae* et *Papiae Poppeae* verba fecerunt, *Justiniani* ratio haec fuisse videtur, ut in jure accrescendi legatorum omnia fere ex lege unica Cod. de caduc. toll. sumenda et explicanda sint.

Quae cum ita se habeant, prius interpretemur hanc constitutianem, tum quaedam loca in Pandectis obvia referamus.

Digitized by Google

De conjunctis.

Conjuncti legis unicae sunt solum ii, qui re et verbis vel promiscue vel mixtim conjuncti ex lege *Julia* et *P. P.* habentur, nullumque obtinet discrimen inter vindicationem et damnationem, quia Imperator in lege unica, quae tribus fere annis post legem secundam *„communia de legatis"* lata est, jam mentis suae de legatis exaequatis tenax fuit. Idem valet in fideicommissis.

Re conjuncti sunt disjuncti vel separati: legatarii enim tales in solidam rem sine conjunctione vocati sunt, nec sufficit, quod Heisler talem conjunctionem quasi jus non decrescendi definit. Conjunctio haec in Digestis tunc ideo prolata est quia ad mentem legis *Juliae* et *P. P.* respexerunt compilatores quam *Justinianus* plane sustulit. De oneribus pauca adhuc sunt ex sententia *Justiniani* proferenda.

Verbis conjuncti utrum inter conjunctos referendi sint, nec ne, haec est gravissima quaestio.

Licet enim plures Nostrorum ad jus legis *Juliae* et *P. P.* deflectant novumque quasi augmentum probandi Mayer inde sumat, quia jus accrescendi a *Justiniano* in lege unica donationibus mortis causa sit applicatum, quibus solum *sermonis conjunctio* esse possit: contra hos et Mayerum tamen statuendum est, in donatione, quae ex donante et partibus donatariis praesentibus intercedat, pactumqus sit, ipsa inter mixtim conjunctos et verbis conjunctos nullo modo distingui posse.

Idem enim est, utrum dicatur: *Aulo* et *Julio* et *Cajo* aedes meas mortis causa dono, an ita: *Aulo* et *Julio* et *Cajo* aedes meas aequis partibus dono; et nemo est, cui in casu posteriori competat jus praelationis.

Nova vero *Justinianus* protulit in oneribus solvendis. Conjunctim institutis injungitur legatorum obligatio praestandorum, si ipsi jure accrescendi uti *velint:* disjunctim instituti, cum legatum solidum ipsis relictum sit, onera deficientis non praestant, cum unusquisque suum onus, non alienum agnoscat.

Quae omnia ex lege *Julia* mutuata non sunt, *Justiniano* ipso ea ratione

Digitized by Google

disponente, qua legislatores Gallici vel Borussici ex natura juris ipsam rem explicant. Re et verbis conjuncti enim jam a testatore in communionem commodorum et onerum recepti sunt, sed obligatio ita mitigata est, ut ex voluntate heredis electioneque ipsa jus accrescendi pendeat. Disjunctorum vero nulla est communio, indeque patet, ipsorum neque esse jus accrescendi ipsum, neque legatorum, quae aliis injuncta sunt, solvendorum onus. —

Jam superest, ut quaedam loca in Digestis obvia respiciantur.

I. In lege 142 D. 50. 16. (ex Commentario *Pauli* ad legem *Juliam* et *P. P.*) proferuntur quidem notiones hujus legis *de conjunctis*, sed dictum *Pauli* non plane est exhaustum, cum fragmentum verba solum faciat de heredibus re et verbis conjunctis i. e. de heredibus conjunctis jure antiquo et novo. Nullo modo re conjuncti, uti Mühlenbruchius opinatur, recensentur. In lege 15. D. 28. 5. facti tantum quaestio deciditur, utrum duo heredes conjuncti sint nec ne.

II. In legibus 3. et 17. §. 1. D. 28. 5. ii heredes nominantur, qui sine parte instituti sunt. Prius fragmentum ex lege *Julia* et *P. P.* ita scriptum est, ut sine parte instituti modo verbis conjungantur, modo non conjungantur: alterum fragmentum vero posteriorem casum tractat. Jure antiquo et novo sine parte instituti non sunt conjuncti.

III. Lex 66. D. 28. 5. solum de verbis conjunctis loquitur: forsitan *Pomponius* in libro ad Q. Mucium de antiquo jure accrescendi verba fecit, ob quam rem haec lex recepta videtur, cum ad legem unicam de cad. toll. applicari possit.

IV. In lege 89. D. 32. compilatores Digestorum ad legem *Juliam* respicientes antiqua proposuerunt; uti a nostris JCtis prudentissime res explicata est.

Quae cum ita sint, Digestorum fragmenta fere ejusmodi sunt, quae solum ad legem *Juliam* et *P. P.* animum et mentem vertant, neque praeter l. 66. D. 28. 5. id explicent, quaenam fuerit tempore *Justiniani* conjunctim et disjunctim facta institutio.

Quo perpenso *Justinianus* ipse non dubitare potuit, quin in §. 8. J. 2. 20.

Digitized by Google

generales definitiones conjunctorum et disjunctorum ex antiquo jure et ex lege ult. cod. de cad. toll. proferret, quae autem nullo modo ad Digesta referendae ideoque nullo modo conjunctis fragmentis Digestorum explicandae sunt.

Quibus ipsis tandem intellectis legem unicam cod. de cad. toll. intelligere et interpretari possumus. —

Nunc quaerendum est, quomodo legislatores temporis nostri jus accrescendi tractaverint.

I. Jus Franco-Gallicum ad voluntatem testatoris explicandam respicit, ex qua sola jus accrescendi ipsum exoritur. Si enim heres testamentarius non conjunctus portionem suam non capit, in ejus locum heres ab intestato succedit. Quod ad reliqua adtinet, haec statuuntur:

a) jus accrescendi tam in hereditate i. e. in „legs universels et à titre universel" quam in legatis i. e. „legs particuliers" locum tenet. In hereditate vero, uti jam relatum est, tunc solum si heredes re et verbis conjuncti sunt

b) in legatis autem non solum conjunctis competit, sed et disjunctis i. e. illis, qui in solidam rem vocati sunt. Sed in disjunctorum jure accrescendi haec requiruntur:

ut res legatae sint α) res corporales

β) quae dividi nullo modo possunt. Et quidem rerum juris individuarum nulla facta est mentio, sed solummodo de rebus facti individuis (qui n'est pas susceptible d'etre divisée *sans deterioration*) tractatur. Res non absolute sed relative indivisa — Romanis incognita a Gallis ibi recepta est.

Si donatarii re et verbis vel verbis tantum conjuncti sunt, jure accrescendi utuntur. [1]) Posterius vero neque a Thibautio neque a codice Badensi relatum, eo probatur, quod inter re et verbis conjunctos et verbis conjunctos, uti jam contra Mayerum (pag. 24.) explicatum est, nulla distinctio cogitari potest.

γ) Praeterea requiritur ut res solida in uno eodemque testamento pluribus relictum sit, nam si in diversis testamentis vel codicillis solida res pluribus con-

1) Thibaut sytema. jur. gall. §. 255. Badisches Landrecht art. 938a.

ceditur, facile fit et ex jure praesumitur, ut novum testamentum adimat, quod in priori testamento relictum fuerit.

c) Verbis conjuncti in legatis non sunt conjuncti.

d) Quod ad onera adtinet, re et verbis conjuncti tenentur ad onera praestanda, quia hi in communione rerum versantur, et ex communione sequitur, incommoda ferenda esse ex commodis.

Re conjunctos vel disjunctos legatarios oneribus praestandis solutos esse apparet, cum singulis neque vero omnibus legata injuncta sint.[1]) Zachariae opinatur, quaestionem de oneribus semper esse rem facti et voluntatis.

e) Si is, cujus est jus accrescendi, id exercere non vult, nullo modo cogatur, quia juris Romani principium, neminem pro parte testatum pro parte intestatum decedere, in jure Franco-Gallico non est receptum.

II. Nunc pauca adjiciamus de jure Germanico.

In codice Maximilianeo Bavarico

1) omnes heredes testamentarii utuntur jure accrescendi et ab heredibus re et verbis conjunctis alii heredes adeo excluduntur.[2])

2) Collegatariis est jus accrescendi sine omni discrimine ordinis, quo instituti sunt: nec interest, utrum re et verbis, an verbis vel re sint conjuncti — liber Baro a Kreitmaier rationem hujus discriminis plane ignoravit.

3) Heredes nunquam unam vel alteram partem recusare possunt. In legatis de hac re nil dictum est: si legatarius jure accrescendi uti non vult, partem accrescendi heredi relinquendam esse, constat.[3])

4) Onera semper transeunt in eum, cujus est commodum.

In codice Borussico haec statuta sunt:

1) heredibus re et verbis conjunctis est jus accrescendi ita, ut omnes reliqui excludantur: si conjuncti non adsunt, omnes utuntur jure communi,

2) legatariis est jus accrescendi, si sunt re et verbis conjuncti (zugleich

---

1) Boileux ad art. 1044.
2) part. III. i. 1. §. 16.
3) part. III. 6. §. 13.

Digitized by Google

und ungetheilt beschieden) — iis, qui in solida re vocati sunt, remanet res ipsa, si unus vel alter deficit — sine oneribus: nullam mentionem facit codex verbis conjunctorum,

3) onera in eum transeunt, cujus est jus accrescendi, sed solum ea praestanda sunt, quae ex portione juris accrescendi solvi possunt,

4) si testator jus accrescendi prohibere vult, tunc heredes ab intestato rem habebunt; nam praeceptum juris Romani „neminem pro parte testatum pro parte intestatum decedere" in jure Borussico non valet. [1])

Codex Austriacus ita rem decernit:

1) heredibus re et verbis conjunctis jus est accrescendi, et ipsis exaequantur heredes, qui aequis partibus instituti sunt. Aequae autem partes sunt certae eaedemque partes ejusdem quantitatis, quae ita in codice Regni Galliciae relatae, sed his expressis verbis in codice Austriaco non receptae sunt.

Si vero singulis separata et distincta pars data est, et heredes non conjuncti sunt, portionem vacantem semper heredes ab intestato accipiunt.

2) Jus accrescendi est jus voluntarium, quod si heres eo uti non vult, heredi ab intestato arridet, ut Winiwarter recte docet. Aliter Nippel rem decernit ex jure Romano argumentum depromens, sed perverse hoc statuit, quia apud Romanos heres, qui jure accrescendi gaudet, ab origine rem necessitate juris acquirit et retinet.

3) Onera semper illi incumbunt, qui jus habet accrescendi vel qui ab intestato rem capit. [2])

4) In legatariis eadem obtinent. Re et verbis conjunctis et iis, qui verbis conjuncti in aequas partes vocati sunt, jus accrescendi datum est, in aliis conditionibus legatum heredi remanet.

Ex his satis apparet jus Romanum legislatoribus nostrorum temporum non satis fuisse cognitum, quum neque Digesta neque Codicem luculenter interpretati sint.

1) part. I. tit. 12. §. 281—287. §. 366—372.
2) §§. 560—563. §. 689.

Digitized by Google

Jam restat, ut ea, quae anno praeterlapso Academiae nostrae acciderunt, brevibus verbis complectar.

Atque hoc quoque anno summam LEOPOLDI, Magni Ducis liberalitatem ac munificentiam experti sumus multis, quae in nostram Academiam contulit, beneficiis: non solum ad augendam librorum nostrorum copiam ea, quae ex nostro aerario supererant, impendi decrevit, sed et professoribus non defuit Serenissimi liberalitas auctis eorum annuis stipendiis. Ad *Bibliothecae* copiam promovendam et ea potissimum hic commemorare juvat, quae virorum doctorum haud paucorum beneficio grataeque societatis medicorum Heidelbergensium liberalitate debemus. Atque maxime celebranda est eximia liberalitas CAROLI ALBERTI, serenissimi atque augustissimi Sardiniae regis: qui qua est clementia summoque literarum promovendarum studio monumenta historiae patriae Ipsius jussu edita ultro ad nos transmitti jussit. Alios libros ad rerum publicarum curam, ad viarum ferro stratarum ductum, ad fluminum cursus dirigendos pertinentes, a Belgis eruditissimis, alios ad historiam tam Angliae quam Scotiae spectantes ab Anglis atque Scotis doctissimis dono accepimus, quibus omnibus meritam debitamque hoc solemni loco persolvimus gratiam.

E Professorum numero morte amisimus JOANNEM FRIDERICUM ABEGG, virum reverendum et Urbi et Academiae christiana fide conjunctissimum et GEORGIUM FRIDERICUM WALCH Jure Consultum.

Professorum extra ordinem numerus auctus est viris consultissimis et doctissimis ZACHARIAE, DEURER, KAYSER et PROBST, quorum priores jus civile, posteriores vero disciplinas ordinis philosophici, alter literas antiquas, alter Chemiam hucusque privatim docuerunt.

Veniam docendi consecuti sunt viri clarissimi Dr. BENNO PUCHELT ab ordine Medicorum et Dr. A WENING-INGENHEIM ab ordine JCtorum.

Novis honoribus condecoratus est vir experientissimus et collega conjunctissimus, CHELIUS, qui dignitate consiliarii intimi secundae classis ornatus est.

Digitized by Google

Dr. LINDEMANN, qui privatim apud nos philosophiam docuit, Solothurnum se contulit professoris munus recepturus et Dr. FORTLAGE res philosophicas docendi venia se abdicavit.

Civium academicorum numerus quidem nuper paullulum deminutus est, eorum vero diligentia et industria jam ex eo perspici potest, quod in quolibet literarum ordine commentationes quaestiones propositas tractantes oblatae sunt.

Theologorum Ordo hanc proposuerat quaestionem,

„ut enarretur vita Zachariae Ursini, Theologi Heidelbergensis, meritaque ejus de Theologia et Ecclesia exponantur et dijudicentur.“

Una tantum Ordini oblata est commentatio, hoc symbolo insignita: *„Ne pigeat fecisse, ut potius pudeat, si non feceris.“* PLAUTUS.

Auctor, praesertim in eo capite, quo Ursini *merita* perlustrantur, non omnia quidem monumenta plene in usum adhibuit, neque etiam reliquâ commentatione omnino materiam, quam fontes ei suppeditabant, satis bene digestam atque ad artis leges formatam proposuit. Parciorem dijudicandi quam referendi relata se praestitit. Praeterea sermone Latino usus est minus correcto elimatoque. Quoniam autem quae ad *vitam* Ursini pertinent, magnâ industriâ ex libris veteribus eruta, concinnavit, adeoque in hac priori saltem quaestionis parte egit, quod arbitro non nimis moroso possit satisfacere, Ordo juveni digno, qui ad perseverandum in his studiis excitetur, praemium lubenter concedit.

Schedula reclusa, legitur

JOANNES FRIDERICUS REITZ

Promontorio bonae spei oriundus.

Jurisconsultorum Ordo postulaverat, ut

„Explicetur locus de actionibus stricti juris et bonae fidei.“

Una Commentatio Ordini oblata est, hac inscriptione ornata: *„Qui juris nodos legumque aenigmata solvit.“*

Cujus auctor multa sane acuminis, eruditionis, industriae dedit specimina itemque varia ad rem illustrandam quae pertinent bene congessit, ita ut ad prae-

Digitized by Google

mium proxime accessisse videatur. Neque tamen praemio dignam judicare potuit hanc commentationem Ordo Jurisconsultorum. Auctor enim res justo ordine non disposuit, historiae viam eo, quo debebat, modo non secutus est: inprimis vero ea quae in processu Romano atque in systemate actionum occurrunt arctoque nexu cum divisione actionum in stricti juris et bonae fidei actiones cohaerent, non satis perspexit; neque idem eam rationem, quae inter actiones arbitrarias et actiones stricti juris et bonae fidei intercedit, satis illustravit nec denique ea quae in jure Justinianeo ac praesertim in jure Germanico temporum decursu mutata sunt, bene explicuit.

Ordo medicorum quaestionem de asthmate thymico proposuerat, ad quam Commentatio Hippocraticis verbis:

„*Experimentum periculosum, judicium difficile.*"
insignita tradita est.

Auctor sermone bene latino, praemissis Prolegominis de notione asthmatis in genere, in prima parte historica primum singulos cum veterum tum recentiorum auctorum observationes collegit, dein systematica via ea composuit, quae ad morbi symptomata describenda ejusque naturam explicandam a Germanis inprimis medicis congesta sunt; denique quae sectiones cadaverum docuerunt retulit. In altera parte critica de asthmatis thymici origine et natura ejusque diagnosi prognosi et therapia disputavit. Rejectis vero adversariorum argumentis Auctor bene probavit, dari asthma infantile a thymi hypertrophia oriundum, idemque cum aliis similibus morbis ita comparavit, ut ab illis distinguatur. Etenim in hac re cardinem rei verti Auctor recte sensit, qui in his rebus pertractandis non minoris eruditionis quam ingenii acuminis testimonia exhibuit. Qua de causa Ordo Medicorum opus praemio dignum esse censuit atque decrevit.

Sigillo remoto nomen victoris apparet:

GUSTAVUS VEESENMAYER

Ulmensis.

Digitized by Google

Ab Ordine Philosophorum quaesitum erat,

„num leges, quibus praediorum rusticorum divisio prohibetur, nostris temporibus conservandae an abrogandae sint.“

Duae oblatae sunt commentationes his symbolis signatae:

1) *„Sapientiae est videre, multorum civium calamitatem a republica sejunctam esse non posse.“*

Cicero.

2) *„Nil laudis causa facito et tamen omnia, laudem Quae tibi conciliare queunt, ea sedulus aude.“*

Muretus.

de quibus Ordo ita censuit: Ea commissio, quae Mureti verbis inscripta est, quum sex diebus post terminum lege constitutum tradita sit, neque huic vitio quidquam indulgere nobis liceat, nullo modo, et ne tum quidem, si alteram longe antecelleret, praemio ornari potuisset. Libenter vero auctori eam laudem, quam nobis meruisse videtur, tribuimus. Quamquam enim rem paullo brevius, quam pro ejus gravitate, absolvit, tamen argumentum bene perspexit recteque de eo judicavit, ita ut, cum aliorum scriptorum praecipue meditationibus uteretur, se ab erroribus liberum praestaret.

Prior commentatio, cujus tessera ex Cicerone desumta est, insignis diligentiae praebet documenta. Auctor non solum multa collegit, sed materiem quoque congestam bene digessit, nec aliorum tantum vestigia pressit, sed suo Marte et ingenii acumine quodam indagandae veritati operam adhibuit. Non omnia quidem in eo nobis placent. Nonnullae occurrunt opiniones, quae, si diligentius perpenderentur, probari non possent. In praemissa parte historica saepius accurata narratio desideratur, isque ipse ardor juvenilis in toto opere conspicuus, quantumvis laudandus, tamen interdum auctoris calamum a recta via abduxit. Nihilominus Ordo huic commentationi praemium decrevit, hac praesertim ratione permotus, quod, si non usquequaque, tamen in disciplinis ad rempublicam spectantibus, in quibus doctrinae limites proferre juvenibus crebra experientia carentibus nimis arduum est, jam diligens investigatio assiduaque

Digitized by Google

meditatio laurea ornari merentur, quippe quae, si continuentur, uberes et patriae et doctrinae editurae sint fructus.

Aperta schedula victoris nomen video hoc:

AUGUSTUS WEEBER, Werthemiensis.

Quaestioni mathematicae nemo respondit.

Pro futuro anno Theologorum Ordo postulat, ut

„colligantur quae de Pharisaeorum Sadducaeorum et Essenorum sectis testimonia historica exstant, singularumque earum dogmata ac praecepta ordine pertractentur."

Nova quaestio, quam Ordo Jurisconsultorum proponit est haec:

„Exponatur doctrina de vi rei judicatae in processu criminali."

„In hac quaestione tractanda ea quae in jure Romano aliisque fontibus juris communis obveniunt bene explicanda, tum vero etiam ea, quae in novis Codicibus juris criminalis circa rem judicatam mutata sunt, diligenter examinanda sunt."

Medicorum Ordo disseri jubet:

„De usu et fructu, qui ex auscultatione in artem obstetriciam redundant."

Novae quaestiones Ordinis Philosophorum sunt hae:

1) ex philologia:

„Disseratur de situ et antiquitatibus insulae Andri."

2) ex philosophia:

„Aristotelis doctrina de categoriis explicetur, cum Kantii doctrina de categoriis conferatur utriusque doctrinae et similitudo et dissimilitudo explanetur."

Digitized by Google

Qui quaestiones hasce novas proposuerunt, vos, commilitones, ex meo ore in arenam provocant, in qua virtus vestra se exercere possit.

Nunc pia nuncupemus vota pro LEOPOLDO, Magno Duce Badarum, patre patriae, magnificentissimo Universitatis Rectore.

Deus Optimus Maximus servet nostram Academiam integram, ipsamque augeat ad gloriam laudemque germanicorum populorum promovendam. Oremus supplices, ut Summum Numen omnes, qui rebus literariis nostris prospiciunt, benigne tueri non cesset.

Digitized by Google

Univ. of Heidelb. 2:31
5, 13, 1, 5—

NATALITIA
PRINCIPIS BEATISSIMAE MEMORIAE
CAROLI FRIDERICI
BADARUM NUPER MAGNI DUCIS
HEIDELBERGENSIS LITERARUM UNIVERSITATIS
RESTITUTORIS

DIE XXII NOVEMBRIS MDCCCLXI.

PIE CELEBRAT

ACADEMIA RUPERTO-CAROLA

SIMULQUE JUDICIA

DE COMMISSIONIBUS EXHIBITIS FACTA

NOVASQUE QUAESTIONES PROPOSITAS

RENUNTIAT

CONR. EUG. FRANC. ROSSHIRT

J. U. DOCTOR MAGNO DUCI BADARUM A CONSILIIS AULAE INTIM. PROF. PUBL. ORD.
COMMENDATOR ORD. LEON. ZARING. ET GREGORII MAGNI
ACADEMIAE H. T. PRORECTOR.

DISSERITUR

DE STUDIIS JURIS CIVILIS ET CANONICI IN GERMANIAE UNIVERSITATIBUS MEDII AEVI.

HEIDELBERGAE.

TYPIS GEORGII MOHR.

MDCCCLXI.

PARSONS LIBRARY UNIVERSITY OF MICHIGAN

Digitized by Google

Digitized by Google

Praefecti urbis nostrae clarissimi,
Collegae conjunctissimi,
Viri summe venerabiles, juris consultissimi,
experientissimi, clarissimi,
Auditores omnium ordinum, quotquot
adestis, honoratissimi.

Divi Caroli Friderici natalitia ubi celebramus, hujus diei solemnitas honorificum mihi imponit officium, ut in memoriam Divi Principis, quem Academiae Nostrae a Ruperto olim conditae restauratorem pie colimus, verba facturus nonnulla proferam, quae quum ad historiam Universitatum Germaniae ac praecipue ad juris civilis et canonici studia pertineant, vestris studiis haud ingrata et accommodata esse videantur.

Imprimis vero, auditores spectatissimi, in memoriam vestram revocare cogor, hunc annum Academiae nostrae gratissimum celebrandum esse. Etenim omnes fere literarum Universitates decem lustra absoluta si habent, invitare quum soleant reliquas Universitates, tanquam sorores, ut animo votisque adsint ad haec ipsa decem lustra feliciter peracta concelebranda, nostra vero Universitas haud scio an omnium antiquissima jam decem et quinque lustris saeculi hujus peractis gaudeat, equidem, qui vestris sufragiis in hunc locum evectus sum, nunc ipse una vobiscum Academiae gratulabundus in medium procedo.

Eam vero rem, de qua dicturus sum, nemo nescit, a doctissimo et illustrissimo Savignio nunc pie defuncto in opere celeberrimo historiae juris Romani medii aevi

felici successu tractatam esse, quod attinet ad Italiae et Galliae et Hispaniarum Universitates, atque doctissimum quoque Thomassinum quaedam ex jure canonico de Polonia exposuisse:*) sed celeberrimi hi juris Romani et Canonici praeceptores nostrarum Germaniae Universitatum studia minus respexerunt. Itaque haud scio an ipse operae pretium facturus sim, si de his studiis nonnulla in medium proferam, quae e libris MS. potissimum ducta necdum cognita ad accuratiorem Universitatum et studiorum in his tractatorum cognitionem nonnihil facere posse videantur.

Studia generalia, quae tunc temporis dicuntur, institui non poterant, nisi re ad Pontificem maximum delata et cum hoc tractata: ab hujus enim approbatione pendebant tam artes liberales quam ipsius theologiae studia, cujus doctores tamquam magistri artium agebant. Idem fere obtinuit in jurisprudentia, cum doctores decretorum haberentur pro theologiae externae magistris; unde factum est, ut Clemens VI. in bulla sexti Januarii anni millesimi trecentesimi quadragesimi septimi hoc institutum non tantum utile esse declararet, sed etiam gradus ab Universitate Pragensi impetratos per omnem Christianum terrarum orbem valere juberet: quod quantum ad scientiae studia in universum promovenda valuerit, nemo non intelligit.**)

Ac si ad Universitatem Pragensem respicias tanquam parentem universitatum Germaniae, quae ex auctoritate Pontificis Summi instituta est, simul recurrendum est ad ejus statum politicum et oeconomicum, quo modo regeretur et conservaretur.

---

*) Clemens pontifex V. de studiis generalibus in urbe Romae, Bononiae, Salamantica, Oxoniensi tractat Clem. 1. V. 1.

**) De Universitate Pragensi exstant varia sed non satis accurate perscripta opera: Stabel, Geschichte der juristischen Facultät 3 Bände. Prag 1827. Voigt, Versuch einer Geschichte der Universität Prag. Prag, 1776. Liber Decanorum facult. philosophicae Universitatis Pragensis. Pragae 1830. Statuta Universitatis Pragensis — conjuncta opera D. Antonii Dittrich et D. Antonii Spirk (Monumenta historica t. III). Tomek, Geschichte der Prager Universität. Prag 1849.

Digitized by Google

Quod ad sumtus necessarios attinet, debuit jam illo tempore Carolus IV. subsidia impetrare a Bohemiae statibus, qui dicuntur, a quibus cum sumtus necessarii concessi essent, id publice professus est in aurea bulla septimi Aprilis A. millesimi trecentesimi quadragesimi octavi, qua res universitati necessarias in ipsam se collaturum esse declaravit.

Tum etiam ea imitatus est, quae de studiosis Bononiensibus Fridericus primus instituerat, ut studiosi cum omni securitate proficisci possent. His peractis Universitatem Pragensem bulla decimi quarti Januarii anni millesimi trecentesimi quadragesimi noni Caesar Germaniae confirmavit.

Denique ad hanc Universitatem idcirco nobis iterum recurrendum est, quoniam hic instituta medio aevo usitata in docendi et regendi et vivendi modo apud doctores et scholares inter nationes divisos maxime obtinebant.

In methodo docendi fuit studium in artibus quod in Gallia inde a Caroli Magni temporibus admodum colebatur: ubi trivium et quadrivium erat conjunctum, studium generale dicebatur: doctores decretorum et theologiae fiebant magistri artium ac medicina quoque hoc studio continebatur, et quod ad rem physicam et chirurgicam attinet, uti tum res medicinalis appellabatur, multum jam ea in Universitate Parisiensi tractabatur, ut Bulaeus et Pasquier, celeberrimi hujus Universitatis scriptores, testantur. Medicos ad artistas pertinuisse, etiam Sarti de Bononia eloquitur, serius demum doctoris honores illos accepisse concedens.*) De legistis neque in Universitate Pragensi neque in Parisiensi illo tempore verba facta sunt.

In jure regendi Pragensis Universitas eadem instituta accipiebat, quae Parisiis, ubi Carolus IV. ipse studiis operam dederat,**) obtinuerunt: itaque magistri et scholares in unam Universitatem atque jurisdictionis potestate in unam rem publicam omnium civium civitatique annexorum conjuncti erant.***) Rector ut in Parisiensi

*) De claris Archigymn. Bonon. professoribus I. pag. 484.

**) Vitam Caroli IV. et quidem literariam descripsit Joannes II. Archiepiscopus-Pragensis in orat. funeb. post mortem Caroli IV. apud Freher. pag. 110. (Origg. palatt.)

***) Ex methodo docendi fuit vocabulum „studium generale conservatum et in nostro saeculo in univ. Heidelbergensi sed" — ex jure regendi" universitas.

Digitized by Google

e magistris sumebatur. Universitatis res externas politicas et oeconomicas curabat, ordinique licentiatus impetrando praeerat Cancellarius, plerumque Archiepiscopus Pragensis inde a Clementis VI. temporibus.

Quod ad modum vivendi attinet, magistri et scholares praecipue in rebus familiaribus per nationes divisi erant, quatuor in Pragensi et Viennensi; in Heidelbergensi, quas institui voluerat Rupertus, eae nunquam lucem viderunt.

Vix ulla per Germaniam reperitur schola, in qua quas vices, quae fata passa sint doctrinae studia, melius cognoscere possimus, quam in Universitate Heidelbergensi; nec mirum inde neque fortunae casui tribuendum, quod omnibus temporibus Academiae Heidelbergensis tanta fuit vis atque auctoritas: optime id cognosci poterit ex documentorum copia adhuc superstite omnemque Academiae historiam eximie illustrante.

Cujus historiam si spectamus, tres periodi distingui poterunt:

1) prima inde ab anno millesimo trecentesimo octogesimo sexto usque ad annum millesimum quingentesimum quinquagesimum octavum — quo anno Otto Henricus Universitatem, quae usque ad hoc tempus medii aevi instituta pure sequebatur, reformavit.

2) Altera periodus usque ad annum millesimum septingentesimum quintum: his temporibus omnes fere disciplinae secundum reformatorum doctrinam reformatae sunt. In jurisprudentia, quae antea duos habuerat facultates et quidem rectissime, quia plane alia est ratio juris ecclesiae, quam rerum publicarum et saecularium constitutio, ab Ottone Henrico institutum est, ut una tantum remaneret legistarum facultas, addito uno doctore decretalium quasi professore artis judiciariae idque idem invenitur in statutis Joannis Casimiri atque Caroli Ludovici. Nec ullum quidem hoc tempore vestigium reperitur juris ecclesiastici Protestantium: adeo interierat omnis vigor juris canonici.*)

*) Häusser in opere historiae Palatinae vol. II. p. 203. de hac re haec eloquitur: „für die Jurisprudenz war eben so reichlich gesorgt, wenn man das an protestantischen Universitäten damals etwas vernachlässigte Kirchenrecht der Katholiken ausnimmt."

Digitized by Google

3) Tertia periodus usque ad nostram aetatem. Juris canonici studia revocata quidem sunt, sed non rehabilitata. Ac tota horum studiorum ratio commutata est inde ab anno millesimo octingentesimo tertio, quo Carolus Fridericus ipse Universitatem restituit, vel nova ipsius statuta edidit.

Prima periodus

in qua antiqua studiorum forma conservata fuit.

Haec potissimum nobis sunt respicienda:

a) doctores vel magistri et ratio studiorum,

b) scholares et promotiones,

c) regimen Universitatis,

d) libri, quibus tum ad studia colenda utebantur, de qua re multa eaque egregia inveniuntur tradita in C. MS. Universitatis nostrae tom. I. Annalium.

Quae tractantes, nos continebimus in iis, quae ad jurisprudentiam pertinent

Fuerunt tantum doctores decretorum, jusque canonicum quasi unicum et quidem commune habebatur per Galliam aeque atque per Germaniam. Bene enim intellexerunt, in Decreto Gratiani non solum juris naturalis fundamentum ex jure divino quasi traditum vel sumtum et derivatum, sed notiones quoque regulasque juris Romani reperiri. Id vero nostro tempore non solum in Codice Gallico reperitur sed per totum orbem cognoscitur; De hac re i. e. de vi, ambitu et auctoritate tam juris canonici quam juris Romani testatur Cardinalis Wiseman vir doctissimus in dissertatione nunc edita de ecclesia et scientia.*) Aliae res juris relinquebantur consuetudinibus moribusque singularum gentium et civitatum.

*) Haec oratio habita est vigesimo nono die Junii hujus anni Londini, cum docti quidam conjungerentur in societatem, quae appellatur academia religionis catholicae. Multa hic proferuntur de ratione, quae obtinet inter ecclesiam et scientiam, philosophiamque rerum naturalium.

Digitized by Google

In Universitate Pragensi jus Romanum solummodo ex jure Canonico cognosci poterat, uti docet Tomek: in Parisiensi obtinuit Honorii constitutio „super specula“ —, in Heidelbergensi rarius tantum juris civilis professorem institutum invenimus. Studiorum et literarum rationem, qualis in Heidelbergensi Universitate floruit, optime cognoscimus e Codice Heidelbergensi tom I.; inde intelligimus, quo modo et qua ratione praelectiones de Decreto et de Decretalibus habitae sint, quo modo promotiones factae sint, atque ubi de doctoratu juris agitur, additum invenimus „sciendum, quod facultas juris desinit in legistis“ — sequitur index promotionum usque ad saeculum decimum quintum continuatus, in quo si quando legista commemoratur, is de codice praelectiones habet: pandectae istis temporibus vix cognitae fuisse videntur: in jure canonico collectiones antiquae quoque ignorabantur, ut ex indice librorum, quem idem codex profert, satis apparet. Primus legista erat Dominus Matthaeus protonotarius Arragonensis.

Doctrinae opera, quibus illius temporis Jureconsulti utebantur, in eodem codice, qui horum operum accuratum continet indicem, exhibentur vel scripta de decreto et decretalibus, scripta Innocentii, Hostiensis, Andreae, Mandagoti, Archidiaconi, et ipsa fontium opera vel opera ad usum practicum pertinentia, ut opus Durandi, Rolandini, ex quibus omnibus cognosci potest, jus canonicum sua eaque propria habuisse verba et vocabula: denique institutiones juris Romani, Codex Justinianeus, sed Pandectarum solummodo partes, denique vocabularia juris. Reperiuntur quoque in his alius argumenti libri, ut Boethii consolatio, Senecae ludus de morte Claudii, plura ad theologiam spectantia volumina. *)

Ita omnes libri, quos Universitatis bibliotheca acquisivit, in hunc quoque indicem relati sunt, qui praebet bibliothecarum tunc temporis constitutarum speciem.

Praefuit Universitati Vicecancellarius: Rector ex artistis eligebatur et vocabatur Rector universitatis studii Heidelbergensis; saepius appellantur „Rector, doctores et magistri Universitatis Heidelbergensis. Primus professor juris Canonici Joannes Voet fuit, artium quoque magister et Rector. Praga hic venerat. Legistarum nulla

*) Librorum hic asservatorum index huic dissertationi appendicis loco additur.

Digitized by Google

ratio Heidelbergae habita est, in statutis autem cautum erat, ut, cum legista in facultate deesset, in examinibus et promotionibus doctor vel licentiatus juris civilis arcesseretur, donec facultas vel hac ratione plena esset facta.

Scholares in bursis habitabant, de quarum visitatione praesertim per horas nocturnas plura in Codice inveniuntur statuta, quia bursarum praepositi multa celare solebant.

Per totum fere medium aevum more antiquo literae tractabantur. Jus Canonicum colebatur tanquam antiquum aeque atque novum: mox vero decretum cum paulatim in desuetudinem abiisset, jus decretalium primum obtinuit locum, conjungique cum eo coepta est historia ecclesiastica simulque etiam jus Canonicum in dies majorem vim accepit in processu, accedentibus practicorum sententiis inde a Durandi aetate. Paulatim legistae sed rarius in Germania, quam in Italia et Gallia exoriuntur, praesertim in Palatinatu, cum principes Palatini crebrius constituerent, ut a jure particulari eoque solito standum esset, ita ut omnes fontes juris illius temporis vel in jure Canonico vel particulari Germanico reperiantur.*) Quoniam vero progrediente juris scientia secundum Bartoli rationem et serioris aevi medii rationem jus quodammodo commune quasi mixtum ex jure Romano et Canonico colebatur, tres in Universitate professores creati sunt, Codicis, Institutionum et Pandectarum.

Quibus de rebus, quum abunde expositum sit a celeberr. Wundtio,**) hoc loco pluribus agere haud necessarium esse videtur.

Neque alio modo artes ad rationem antiquam et solitam tractabantur, ipsique Jurisconsulti magistri artium quoque esse maluerunt, non solum honoris et recto-

*) Höfler in libro „Rupertus Palatinus. Friburgi, 1861. pag. 129. not 3. profert: haec „Da Land und Leuten von dem Kaiserrecht grosser Schaden begegnet wäre und noch bevorstehe, so wolle er (Rupert) dass beschrieben Rechte unsern Ländern am Rhein wieder sollen beschrieben geben werden in Büchern, dass sich unser Städt und Dörfer darnach gerichten mögen. „Tolner hist. palat., qua vero docetur, talem librum nullo modo esse perfectum. (Male ibi citatur doc. LXXXV. pro LXXXVIII.)

**) Programm. de origine et progressu facultatis juridicae in Acad. Heidelb. pag. V.

2

natus causa, sed etiam, quod saecularis scientiae ratio et dignitas id quodammodo postulare videbatur.

Theologorum scientia scholasticam sequebatur.

Periodus altera

quae non solum scientiam sed etiam statum politicum reformare studuit.

Jam quae mutatio sub Ottone Henrico anno millesimo quingentesimo quinquagesimo octavo facta est, cui nonnulla postea anno m. q. septuagesimo quinto accesserunt, ea accuratius nobis inspicienda erit. Ac satis inter omnes constat, typographica arte inventa magnam omnium rerum indeque etiam literarum et studiorum mutationem esse allatam, adeo ut libri typis expressi mox in locum librorum manuscriptorum cederent, qui ipsi paulatim interierunt, cum non amplius describerentur; nec mirum, magnam quoque id vim exercuisse in Universitates omnemque studiorum rationem, quae hoc loco uberius persequi non vacat: id unum nobis monendum est, jus Canonicum fere neglectum esse. Otto Henricus in reformatione anni m. q. quinquagesimi octavi duplicem Jurisconsultorum facultatem, canonicam et legisticam sustulit, eoque studium juris Canonici plane suppressit: his verbis

> wiewol unsre vorfahren diese der juristenfakultät in zwey Theil nämlich das canonicum oder geistlich Recht und das weltlich civile genannt unterscheiden und getheilt — so haben wir doch angesehen gegenwärtiger Zeitläufte, obgenannte beide Stück zusammengezogen.

Addit idem

> wer (professor) ein anderes lesen wollte, als secundum decretalium — dass er solches zuvor Decano et facultati juridicae die solchen zu erwägen und zu bedenken, ob es nützlich und ohne Verlezung unserer christlichen Religion bestehen möge.

Digitized by Google

Quo modo fieri potuit, ut seriori tempore a facultate ipsa ad electorem rescriberetur*)

dass die auditores zum Theil in dem irrigen Wahn waren, dass in explicandis decretalibus nichts sonderlichs fruchtliches docirt werde.

Quod Heidelbergae factum est, idem in ceteris Protestantium Universitatibus invenitur: neque casu effectum esse videtur, ut in Catholicorum Universitatibus juris Canonici vis et dignitas imminueretur, et ambitus totaque studiorum ratio una cum systemate juris per christianum orbem propagato laederetur atque inde delaberetur. In quem finem adeo respicere licet ad Universitatem Jngolstadtiensem.**) Atque ex hac Ottonis Henrici reformatione nullus Rector ex lectoribus juris Canonici electus est usque ad annum m. septingentesimum octavum.***)

Erat solummodo Decretalium professor, qui Decretalium librum secundum explicabat, et ex quo simul judiciorum doctrinam tradebat: tres nunc nominati erant juris civilis professores — professor Codicis, qui postea etiam jus publicum assumebat, deinde Institutionum et Pandectarum professores, quorum prior jus naturae et criminale, alter jus feudale docebat.****)

In tribus statutis (1558, 1588, 1672) salaria horum quatuor professorum constituta et aucta indicantur. Quae statuta ut maximi sunt momenti et transierunt in statuta aliarum civitatum Protestantium, ita satis ostendunt juris Canonici parvam per illa tempora fuisse vim et auctoritatem. Neque vero aliter aliis in Protestantium Universitatibus res se habuit: tantum serioribus ex temporibus opus eximium laudari potest J. H. Böhmeri, qui accuratissime fontes juris Canonici examinavit ipsumque argumentum subtiliter disquisivit, operamque omnem dedit, ne jus Canonicum, quod ad Protestantium civitates attinet, prorsus interiret.

---

*) Annales t. XI. fol. 277—280.

**) Annales Ingolstadtiensis Academiae inchoarunt Valentinus Rotmarus et Joannes Engerdus, emend. auxit continu. Joann.-Nepomuc. Mederer. Ingolstadt, 1782.

***) Schwab syllab. rectorum t. II. p. 127—sqq.

****) Quo modo per Italiam speciales doctrinae processus, juris feudalis et criminalis excolerentur, jam ab aliis explicatum est. cf. Rosshirt hist. et syst. jur. crim. part I.

Digitized by Google

Sed tunc haec disciplina alteri forsan discrimini subjecta est, quod jus ecclesiasticum nova ratione tractari coepit a scriptoribus Protestantium quam Catholicorum. Böhmeri et patris et filii vestigia legentium.

Hoc vero modo jus Canonicum tanquam proprium juris christiani systema resurgi et ex sepulcro quasi revocari non poterat. Hierarchia ecclesiae Catholicae tunc temporis minus cognoscebatur et dijudicabatur, ipse enim Böhmerus omnem contulit operam in eam hujus disciplinae partem, quam nominavit jus parochiale Protestantium.

Etenim jus ecclesiasticum quasi interna pars juris publici subjectum fuit, quod vero nullo modo pendet ex legibus saecularibus, sed potius tanquam theologia externa et jus Christianitatis per totum orbem diffusum conservandum est, de quo suo tempore a nobis plura dicenda et explicanda erunt. Haec plane ad tertiam periodum spectare videntur, in qua consistere placet.

His denique adjiciamus quaedam singularia de scholaribus et dignitatibus medii aevi.

Literarum studia, medio aevo exeunte, denuo in Italia efflorescentia, id efficere debebant, ut homines ad veros humanitatis fontes revocarent, eorumque animos cujusque boni et veri sensu imbuerent; itaque Bononiam confluxere omnes omnium gentium literarum studiosi, qui secundum nationes divisi et hoc gentilitatis vinculo conjuncti ipsi ordinem omnibus constitutum sequebantur sub tutela Papae et singularum urbium: illi se ipsos regebant adeo, ut non solum auditores sed etiam docentes scholaribus adnumerarentur.

Idem Parisiis factum esse videmus, sed ibi regimen penes Magistros fuit: scholares, qui in bursis conjungebantur, regimini a se in rebus familiaribus constituto subjecti fuerunt. Haec bursarum ratio in Germaniam deinde quoque propagata transiit, namque conveniebat corporationum naturae per medium aevum Conditae sunt hae bursae a singulis benefactoribus certum in finem, idque in Universitate Heidelbergensi, in qua postremo omnes bursae in unam conjunctae inveniuntur, optime intelligi potest: et quamquam bursae isque familiarum ordo atque

Digitized by Google

alia, quae ad medii aevi rationes accedebant, aut inde deducta erant, tollebantur, tamen mox intellectum est, necessarium esse adolescentes certo regimini atque imperio subjicere, quod ex ipsis sodalibus sumtum, praecipue secundum singularum terrarum et gentium consuetudines constituebatur.

Unde gliscente abusu extitit pennalismus, qui apud nostrates dicitur, more Gallico, quo vocabulum occurrit bejaune: beanus. Is est novellus studiosus, qui ad Academiam nuper accessit: beanus est avicula nesciens vitam studiosorum, quae nondum e nido evolavit. Beanus deponere debuit vitam consuetam, uti placuit dicere, cornua: ideo ritus et modus depositionis beanorum (Gelbschnabel). Is quidem recipiebatur inter bacchantes, cujus capellos depositos circumcidebat, certos quosdam ritus observans, unde Schoristae nomen accipiebat, ipseque vero familiaris magister quasi erat, eique subditus pennalista vocabatur.

Hicce pennalismus cum multa afferret mala et detrimenta,*) a principibus nonnullis aeque atque a conventu principum Protestantium Germanico Ratisponae convocatorum imprimis Palatinorum severissime interdicebatur.**) In Catholicorum Universitatibus minus propagatus ille fuisse indeque etiam minorem vim habuisse videtur.

Quamquam vel posteris temporibus mansit nomen: novellus studiosus; olim vocabatur Justinianista, serius voce germanica Fuchs:***) interiit tamen et nationalismus et pennalismus: sed nunc exorti sunt ordines, qui dicuntur — similes societati latomorum aliisque hujusmodi institutis, mox vero et ipsi sublati sunt et interdicti. Praeterea inveniuntur sodalitates et corpora, quae suis statutis regebantur praesertim in iis, quae ad duellum pertinent receptum more germanico ex statu nobilium. Ac sane vel abusum utique facile irrepentem si concesseris, tamen negari nequit, studiosorum juvenum vitam, quae societatibus careat, cogitari vix posse: quamquam ad animi recreationem vitaeque jucunditatem in talibus nunc magis

*) Schwab syllab. rector. t. II. pag. 15.

**) Annal. Heidelberg. anni 1654. p. 377, 379.

***) Schulfuchs.

Digitized by Google

spectari, quam ad literarum studia, nemo est, qui negare possit. Itaque ex studiosorum sodalitiis, qualia nunc reperiuntur, nihil quod ad literarum studia imprimis ad jus Canonicum pertinet, colligi posse, sed id potius quaeri, ut nobilium status et honestas vitae inter studiosos quodammodo conservetur, neminem fugit.

Jam de dignitatibus et honoribus academicis iisque conferendis nonnulla afferamus.

Theologi ab initio fuerunt magistri in artibus, postea receperunt titulum doctoris decretorum; majoris vero momenti id est, quod Rector Universitatis e Magistris eligebatur: ideoque doctor decretorum nullo modo ex hac dignitate, sed tantum si magister in artibus simul extitit, admittebatur. Nec minus medicus erat magister in artibus, variasque vices et fata non tam e libro Ackermanni valde celebrato de schola Salernitana, quam ex egregio opere Bulaei de Universitate Parisiensi cognoscere licet. Legista non raro dignitatem suam referebat ad Bononiensem et Aurelianensem Universitatem. Apud Ultramontanos et Citramontanos utriusque juris doctores si erant laici, distinguebantur a magistris, ad quos clerici tanquam doctores decretorum saepissime pertinebant.

Quod vero Sarti praeter septem artes philosophiam quoque recenset prioribus saeculis tanquam proprium doctrinae genus, falsum videtur, cum philosophia ad artes pertineret: id expresse indicat Bulaeus exponens, lectiones literaturae Graecae ad grammaticam spectare, neque de metaphysica et philosophia naturali tractare.

Philosophia ipsa erat pars dialectica. Bulaeus lib. III. 82 profert: „legant libros Aristotelis de dialectica, duos Priscianos, legant philosophos et Rhetorica, quadrivilia, barbarismum et ethicam, quartum topicorum: non legantur libri Aristotelis de metaphysica et naturali philosophia, nec summa de eisdem M. David de dinant aut Almerici haeretici aut Mauritii Hispanici".*)

In Universitatibus ultramontanis initio legistae doctores laici ad Universitatem

---

*) Bulaeus III. 82. Tu vid. Catalogum librorum in Univ. Pragensi apud. Voigt pag. 98.

Digitized by Google

haud accensebantur.*) Doctores quoque decretorum itemque doctores medicinae omnino ab artistis distinguebantur et proprios ordines constituebant, inde enim ortae sunt quatuor facultates. Hoc modo adeo factum est, ut doctores decretorum et legum crebro in duas facultates conjuncti reperiantur.

Fuerunt autem illis temporibus tres honorum gradus: baccalaureatus,**) licentiatus, doctoratus. Medicinae doctores in Parisiensi Universitate adeo coelibes esse debebant, postea tamen hoc abrogatum est: idemque etiam canonistis laicis concessum est. In Heidelbergensi Universitate jam mature baccalaureatus sublatus est, ut ex Annalibus intelligimus, quibus continentur indices Licentiatorum et Doctorum.

Magistri et Doctores, qui lectiones habebant, dicebantur regentes vel actu regentes, ceteri non regentes: inde in majoribus Universitatibus, ut in Pragensi et Viennensi, duo collegia instituebantur — professorum et doctorum, quemadmodum id adhuc in Viennensi obtinet. Licentiatorum rationes haud recte exposuit J. H. Böhmer,***) ideoque merito vituperatus a Sarti, qui vitam celeberrimi Gratiani exponit.

Quod ad salaria attinet, theologi tanquam magistri in artibus beneficia non habebant, quia erant alio modo praebendati: reliqui professores accipiebant salaria a regibus et principibus, idque non in Gallia et Anglia tantum factum est, verum etiam in Germania atque in hac ipsa Universitate Heidelbergensi, ut ex Annalibus nostrae Universitatis satis superque constat: unde respublica Universitatum quodammodo libera, quia dotatio ex aerario facta est, valde mutata est, adeo ut nostris temporibus Universitates Germaniae assumserint formam institutorum publicorum.

Quod vero in tanta omnium rerum commutatione academici gradus adhuc servati sunt, id quidem et ipsum dignitatem Universitatis retentam declarat, simulque eam animorum libertatem, ad quam etiam nunc studia nostra sunt dirigenda.

---

*) Glossa ad Clem. 2 lib. §. 1. s. v. doctoratus Ultramontani et Citramontani in omnibus rebus diversi.

**) bachelier à bataille — derivatur.

***) praef. ad Decretum.

Jam accedam ad ea, quae mihi hanc dicendi occasionem omnino praebuerunt: etenim more consueto indicanda sunt, quae anno praeterito Academiae nostrae acciderint, simulque judicia Ordinum renuntianda de iis, qui quaestiones anno praeterlapso propositas solvere conati sunt, ac denique novae quaestiones proponendae.

Ut a rebus nostris initium faciam, morte nobis duos collegas ereptos esse dolemus, alterum senem Fridericum Christophorum Schlosserum, qui inde ab anno hujus saeculi decimo septimo, quo ad hanc literarum sedem historiae professor vocatus est, Academiam nostram et docendo et scribendo illustravit usque ad extremum fere vitae terminum quem attigit nominisque sui famam per omnes Germaniae partes exterasque quoque terras propagavit ordinis philosophorum senior: alterum morte ereptum lugemus Brackenhoeft, juris professorem extraordinarium in docendo et scribendo accuratissimum.

Ex eodem ordine jurisconsultorum discessit Robertus de Mohl, a nostro Principe Orator missus ad concilium legatorum confoederationis Germanicae et dignitate consiliarii intimi secundae classis ornatus: discessit quoque Julius Jolly professor extraordinarius — a consiliis rerum publicarum administrandarum vocatus Caroliruham; ad Erlangensem Universitatem vocatus abiit Marquardsen, professor extraordinarius.

In ordinem theologorum adscitus est Hitzig, qui e Turicensi Universitate ad nostram Academiam, in quo olim jam docuerat, rediit: in ordinem jurisconsultorum vocatus est Joannes Casparus Bluntschli, dignitate consiliarii aulici ornatus: medicorum ordini additus est Fuchs professor extraordinarius, qui medicinam veterinariam Caroliruhae docuerat. In philosophorum ordine Gustavus Weil professor extraordinarius et bibliothecarius nominatus est professor ordinarius linquarum orientalium et Guilielmus Wattenbach Wratislaviensis nuperrime vocatus ad nostram Academiam professor ordinarius historiae.

In dignitatem professorum extraordinariorum ascenderunt, qui antea privatim docuerant, Henricus Holtzmann et Eduardus Riehm in ordine theologorum, Carius in ordine philosophorum.

Digitized by Google

Privatim docentibus accessere Licentiatus Adolphus Hausrath in ordine theologorum, Dr. Paulus Labaud et Dr. F. W. Schaaff Heidelbergensis in ordine Jureconsultorum, Dr. Franciscus Knauff in ordine medicorum, Dr. Leonardus Rabus in ordine philosophorum: e privatim docentium numero sponte discesserunt Wippermann, Pikford et Holle.

In seminario theologico secundum concionatoris et magistri locum accepit Oscar Schellenberg, verbi divini minister.

Quod ad Universitatis bibliothecam attinet, in Weilii locum successit alter bibliothecarius Dr. Thibaut, cujus negotia curanda tradita sunt Bendero.

Praeterea plures collegas dignitatibus et honoribus auctos esse laetamur: a consiliis aulae professor nominatus est Ludovicus Haeusser, concilio supremo rerum Evangelicarum administrandarum additus est Richard Rothe, ornatus quoque insignibus ordinis Leonis Zaringiae secundae classis, ejusdem ordinis tertiae classis insignibus condecoratus est Helmholtz: stella secundae classis insignibus addita Vangerowio tradita est; insignia ordinis domestici Saxonici Ernestini accepit Zöpfl, ordinis sancti Stanislai Russici secundae classis insignia Bunsen, qui ejusdem classis insignibus ordinis Franco Gallici condecoratus est, cujus insignia equestria obtinuit Kirchhoff.

Instituta Academica, quae dicuntur, multis cujusque generis incrementis aucta sunt. Haud paucas accessiones bibliothecae copiae acceperunt ex annuis comparatae reditibus, quos hoc anno duobus millibus florenorum auctos esse laetamur: multos quoque libros dono illatos esse grato profitemur animo: factum id est liberalitate insigni collegarum nostrorum multorumque aliorum virorum doctorum itemque societatum eruditarum atque Academiarum Bruxellensis, Monacensis, Viennensis, Petropolitanae, inprimis Instituti Smithsoniani in America septentrionali et Universitatis Chiliensis in America meridionali: quibus omnibus, ut par est, maximas hoc loco solemni gratias peragimus.

Digitized by Google

Copiis archaeologicis praeter alia accesserunt numi Graeci e Thierschiano collectione coemti, et summa Principis nostri clementissimi liberalitate transmissi.

Thesauri mineralogici aucti sunt donis pretiosissimis et lapidum variorum et mapparum geognosticarum.

Ac denique ne locus deesset aptus recipiendis variis rerum naturalium collectionibus, Principis nostri jussu, consentientibus statibus, qui dicuntur, exstrui coeptum est aedificium amplum et conspicuum, in quo reponerentur collectiones physiologicae, physicales, mineralogicae, mathematicae et medico-chemicae.

Nec denique id praetermittendum, ad Universitatem Vratislaviensem semisaecularia agentem unum e collegis missum esse, qui ipsis festis adesset, animumque nostrum benevolum in Academiam sororem testaretur: Normannorum Universitati, quae floret Christianiae, hoc ipso saeculo conditae et decem lustra superatae eundem animum testificati sumus literis missis, cum propter itineris longitudinem legatum illic mittere haud liceret. — Numerus studiosorum e variis orbis terrarum partibus huc confluentium hoc quoque semestri crevit, qui omnes studiorum diligentia et legum observantia excelluerunt.

His expositis me convertam ad judicia renuntianda de iis, qui ad quaestiones anno praeterlapso propositas solvendas accesserunt. Quod antequam faciam, id praemittere cogor, quod ut omnino rarius accidere solet, ita in nostra Academia primum nobisque omnibus gratissimum et exoptatissimum accidit. Etenim hoc ipso die quinquaginta abhinc annis duo collegae nostri, quos adhuc inter nos versari laetamur, in hoc certamen recens a Carolo Friderico conditum descenderunt palmamque reportarunt:

in ordine Ictorum professor Erb: in ordine Medicorum consiliarius intimus Professor Chelius.

Quibus viris semisecularia hodie celebrantibus hoc loco solemni Academiae nomine congratulamur honores hos tam matura aetate acceptos ac per omnem

Digitized by Google

vitam probatos, simulque optamus, ut in posterum quoque hunc diem nobiscum felicissime peragant saepiusque peracturi sint.

Theologorum Ordo hanc proposuerat quaestionem: Explicetur notio congregationis sanctorum, quae ecclesia christiana esse dicitur, simulque colligantur et dijudicentur sententiae virorum, qui tam vetere quam recentiori aevo de ea notione disputaverunt.

Huic quaestioni nemo respondit.

Ordo Jurisconsultorum proposuerat quaestionem:

„Explicentur differentiae criminis falsi et stellionatus."

Oblatae sunt duae commentationes, quarum prior verbis inscripta est:

„Captare non capere licet veritatem"

altera:

„Veritati contraria est sententia declarans, mundus vult decipi, ergo decipiatur."

Dolendum est, auctores utriusque commentationis neque historiam juris criminalis Romanorum, neque historiam rationis perspexisse, quae inter leges tempore reipublicae Romanae latas, et inter jus accusationis et modum procedendi intercedit; id quoque dolendum est, utrumque auctorem arctum nexum, qui inter jus criminale et jus civile apud Romanos obtinuit, haud satis percepisse. Omiserunt auctores utriusque commentationis inquirere in principium, quo Romani libertatem commercii et lucri faciendi studium cum contrahentium obligatione veritatem proferendi conciliaverint; deest in commentationibus exploratio sententiae Ciceronis (De officiis) et aliorum philosophorum Romanorum de finibus, intra quos fraus et calliditas in contractibus admitti possit. Notiones criminis falsi et stellionatus ab auctoribus commentationum prolatae nimis late patent. Gravissimas quaestiones in hac doctrina vel plane omiserunt vel labris tantum attigerunt. Fragmenta, quae in jure Romano ad crimen falsi et stellionatus pertinent, ab auctoribus vel prorsus neglecta vel leviter explicata sunt; neque iidem auctores perscrutati sunt sententias, quae ab

Digitized by Google

aliis scriptoribus in hac doctrina prolatae sunt. Quae cum ita sint, ordo Jurisconsultorum commentationes exhibitas proemio dignas habere non potuit. Prioris quidem commentationis auctor nonnulla specimina diligentiae et assiduïtatis exhibuit; observationes ab eo prolatae non raro ingenii acumen demonstrant: quam ob rem ordo Jurisconsultorum auctorem honorifica mentione dignum judicavit. Id vero reprehendendum est, quod auctor alterius commentationis, qui quidem differentias inter crimen falsi et stellionatus cum dexteritate quadam exposuit, neutiquam puritatem et elegantiam sermonis latini exhibuit, et in fine commentationis jocosa quadam rerum tractatione, quae a scientiae gravitate et dignitate abhorret, usus est.

Ordo Medicorum proposuit: „Experimentis eruatur, num iisdem irritamentis adhibitis fatigatio nervorum et musculorum excisorum dependeat a quantitate operis mechanici, quod musculus contractionibus perfecit."

Auctor dissertationis, cui verba Humboldii

> „die Schwierigkeit, die Lebenserscheinungen des Organismus auf physikalische und chemische Gesetze befriedigend zurückzuführen, liegt grossentheils in der Complication der Erscheinungen, in der Vielzahl gleichzeitig wirkender Kräfte, wie der Bedingungen ihrer Thätigkeit"

praefixa sunt, summam quaestionis propositae bene illustravit. Nam magno experimentorum numero promptius, quam qui antea rem tractaverunt, aptiusque demonstravit, torporem musculi, eadem nervorum incitatione, eo citius augeri, quo magis ipse aut extendatur, aut si ab èxtentione discesseris, labore perficiendo relaxetur. Ratio quidem, qua auctor in argumentis disponendis usus est, minus accommodate successit, sed et brevis temporis excusationem habet, neque digna est, quae serius vituperetur, quum, quae optima sit procedendi methodus, ex ipsis modo experimentis sensim sensimque patuerit. In tractandis quoque principiis, quae ad mechanicam spectant, explicatio non tam perspicua est, ut melioris desiderium haud relinquat.

Nihilominus Ordo libellum auctoris idoneum acuminis ac solertiae specimen existimavit, ideoque decrevit, praemio esse ornandum.

Digitized by Google

Schedulâ reclusâ legitur; Theodorus Leber, Caroliruhanus.

Ordo Philosophorum duas posuerat quaestiones, alteram geologicam, alteram historicam. Priori quaestioni nemo respondit altera vero, ita proposita erat,

„Schilderung der politischen, ökonomischen und wissenschaftlichen Zustände, wie sie unmittelbar nach dem Schlusse des dreissigjährigen Krieges und in Folge desselben eingetreten waren.“

Una tantum commentatio tradita est, hisce verbis insignita:

„non pigebit vel incondita ac rudi voce memoriam prioris servitutis composuisse.“

De qua ita judicavit ordo Philosophorum:

Der Verfasser hat die Arbeit in einem viel ausgedehnteren Sinne gefasst, als sie nach dem Wortlaut der Aufgabe verstanden war und als sie nach dem Zweck der akademischen Preisfragen verstanden werden kann. Er ging, wie er sagt, „gleich mit dem Vorsatz an die Arbeit, dieselbe druckgerecht zu machen, auch auf die Gefahr hin, den von der Fakultät gesetzten Ablieferungstermin vorüberstreichen zu lassen.“ Er hat sich daher nicht darauf beschränkt, die Zustände Deutschlands, wie sie nach dem dreissigjährigen Kriege waren, zu schildern, sondern er hat die gesammte europäische Geschichte und Politik in der Periode vor dem Kriege und während desselben in seine Darstellung hereingezogen. Von dem ganzen Umfang seiner Arbeit, die nahezu zwölfhundert Seiten füllt, sind etwa zwei Drittheile dieser Vorgeschichte und nur das letzte Drittheil der gestellten Aufgabe gewidmet. So gern nun die Fakultät den ungemeinen Fleiss, die ausgebreitete Belesenheit, die geschichtliche Kenntniss und die Begabung anerkennt, die der Verf. bewährt hat, so kann sie es doch nicht loben, dass er sich von dem scharf begrenzten Zweck der Aufgabe so weit entfernt hat, und vor Allem einem davon abliegenden Ziele — dem Plan, ein druckfertiges Buch zu liefern — nachgegangen ist. Die Anlage ist dadurch breit und ungleich, die eigene Forschung ziemlich knapp geworden; an fremdem und an unverarbeitetem Stoffe ist zu viel eingestreut, und die Aufgabe selbst zu einer Höhe gesteigert worden, die des Verfassers Kraft und Jahre überbietet.

Digitized by Google

Das zeigt, wie die Anlage, so die Ausarbeitung. Die Form ist weder einfach noch ungeziert, widerspricht mannigfach den sprachlichen Gesetzen, wie den Geboten eines würdigen historischen Styles. Das Urtheil über Ereignisse und geschichtliche Personen trägt an nicht wenigen Stellen ein Gepräge subjectiver Einseitigkeit, das man der unfertigen historischen Bildung des Verfassers leichter zu Gute halten könnte, wenn es sich nicht so absprechend und mit so viel Selbstüberhebung darböte.

Dass der Verf. der Lösung der gestellten Aufgabe gewachsen gewesen wäre, haben nach dem Ermessen der Fakultät einzelne Parthien des letzten Drittheils zur Genüge erwiesen; Fleiss, Kritik und Anordnung sind hier gleich lobenswerth und lassen es um so lebhafter bedauern, dass nicht in diesem Sinne die Aufgabe durchaus ergriffen und vollendet worden ist.

Indem demgemäss die Fakultät in der Arbeit eine preiswürdige Lösung der gestellten Frage nicht erblicken kann, so möchte sie doch gern dem grossen Fleiss, der ausgebreiteten Kenntniss und den Anlagen, wovon die Arbeit Zeugniss gibt, die verdiente Anerkennung zu Theil werden lassen. Diese Anerkennung öffentlich auszusprechen und den Verfasser zu vollkommeneren Leistungen zu ermuntern, hat die Fakultät beschlossen, ihm ein Accessit zu ertheilen.

Nova argumenta a singulis Ordinibus in annum proximum haec proposita sunt:

Ordo Theologorum postulat: „sententia, quae Zwinglio de peccato originali fuerit, diligentius exploretur, cum iis, quae a Luthero et Calvino de eadem re tractata sunt, comparetur, denique quo consilio Zwinglius in discussionem cum illorum placitis adductus sit, illustretur.

Ab Ordine Jureconsultorum in proximum annum haec quaestio proponitur: „Darstellung des deutschen Pfandrechts zur Zeit der mittelalterlichen Quellen.“

Huic operi studium navaturis, nisi ipsis latinus sermo praeferendus videatur, venia vernaculi sermonis conceditur.

Quaestio ab Ordine Medicorum proposita haec est: „Instrumentum a cl. Marey in-

ventum et sphygmographi nomine nuncupatum, quae et in pulsu tentando et in morbis dijudicandis commoda adferre queat, experimentis eruatur.

Quaestiones ab Ordine Philosophorum propositae sunt:

1. ex mathesi:

„Ausdehnung der Sätze über Kegelschnitte, insbesondere derjenigen Sätze, welche sich auf die Brennpunkte und Asymptoten beziehen, auf sphärische Kegelschnitte, welche durch den Schnitt einer Kugel und eines Kegels zweiter Ordnung entstehen, dessen Spitze mit dem Mittelpunkt der Kugel zusammenfällt."

2. ex philosophia:

„E fontibus demonstretur, quaenam fuerint philosophiae Epicuri elementa."

Commilitones! jam apertus est campus. Nec desunt vobis vires, nec deerunt merita vobis proemia.

Quod reliquum est, grates persolvamus Deo Optimo Maximo, qui omnem, qua florent literae, pacem ac securitatem per hunc quoque annum nobis concessit.

Pia suscipiamus vota pro Friderico Principe nostro — pro universa Domo augusta Zaringo-Badensi: quam incolumem nobis in posterum praestet, faxit supremum numen.

Servet Deus Optimus Maximus Academiam nostram eamque in dies augeat. Dixi.

Digitized by Google

Appendix.*)

Incipit Inventarium librorum derelictorum universitati per dominum Colinum quondam Cantorem sancti Pauli Wormaciensem

primo decretum sine glossa et incipit in prima parte agitur de justicia item compendium decreti quod incipit humanum genus — item decretum cum glossa et incipit sic — concordia canonum discordantium

item librum Decretalium cum glossa bernhardi

item Innocentius super decretales

item summa hostiensis copiosa super quinque libros decretalium

item lectura hostiensis super tertio quarto et quinto decretalium in pergameno

item novellam super secundo libro in papiro

item novellam super tertio in papiro

item summa ganfredi in pergameno

item casus Decretalium in pergameno

item extravagantes Joannis XXII. in pergameno cum aliis

item constitutiones Bonifacii, quae redacte sunt in sex in pergameno

item una lectura in papiro quae incipit Gregorius

item unum collectum in papiro circa decretales

---

*) Vid supra pag. 8.

Digitized by Google

item una lectura quae incipit: canonum statuta in papiro
item diversa collecta in uno volumine in papiro et incipiunt de quo vult deo etc.
item unus liber in papiro, qui incipit Gregorius
item Mandagoti in pergameno et papiro super electione [forsan Bernardi Pap.]
item decretales antiqui in pergameno parvi valoris
item lectura super tertio decretalium in papiro
item tabula distinctionum magistri artium Henrici boyt in pergameno
item additiones super decreto in pergameno et incipit canonum statuta
item liber sextus cum glossa Joannis Andreae
item novella super sextum in papiro una cum regulis juris
item Archidiaconus super sextum in pergameno
item textus sexti et pars glossae super sextum in eodem volumine in pergam.
item Archidiaconus super sextum in pergameno.

item Speculum Wilhelmi Durandi in papiro
item Speculum juris in pergameno et in bona forma
item Speculum juris in pergameno et in minori forma
item libellus magistri artium Ganfredi commentum cum aliis
item summa aurea de arte advocandi item in pergameno
item repertorium Wilhelmi Durandi in pergameno
item repertorium ejusdem in minori forma
item summa magistri Rulandini in pergameno et incipit instrumentum arrarum
item certe forme in pap. incipiunt in nomine Domini amen
item pars speculi in papiro
item pars speculi judicialis in papiro

item digestum novum in pergameno et incipit hoc edicto
item codex in pergameno
item instituta in pergameno

Digitized by Google

item instituta in pergameno
item expositiones vocabulorum juris civilis
item libellus de moribus praelatorum
item ludus Seneace [Senecae] de morte Claudii in pergameno
item liber antiquus in pergameno qui incipit: quod expedit cum sponsalibus
item vocabularium quod incipit difficiles studiorum in papiro in parva forma item

item summa pysani in pergameno, quam habuit dominus calinus a domino praeposito wormaciensi

est sciendum, quod magister Nicolaus publicus sacrae theologiae professor egregius legavit universitati concordantias biblie minoris usum quarum . . magister matthaeus de Cracovia quamdiu vivit habet, quo mortuo opus redibit ad proprietatem universitatis.

Digitized by Google

P. L. 54183
12
PARSONS LIBRARY University of MICHIGAN

Sammlung

der

Gesetze und Verordnungen,

die

Aufhebung der Leibeigenschafts-Abgaben,

der

steuerähnlichen alten Abgaben,

und der

Juden-Abgaben betreffend.

no cards

Carlsruhe,
gedruckt im Comptoir des Staats- und Regierungsblattes.

1838.

Digitized by Google

Inhalts-Verzeichniss.

Digitized by Google

Verordnung.

Den Vollzug der über Aufhebung alter Abgaben bestehenden Gesetze betreffend.

In Gemäßheit des Paragraphen 3. des Gesetzes vom 3. August d. J. (Regierungsblatt Seite 179) und zum endlichen Vollzug der über Aufhebung alter Abgaben bestehenden Gesetze wird anmit verordnet:

1) Die Bürgermeister haben binnen sechs Wochen ihre Gemeinden zu versammeln und sie auf die wegen Aufhebung alter Abgaben ergangenen Gesetze, welche den Bürgermeistern in einer besondern Sammlung werden zugestellt werden, nochmals aufmerksam zu machen und ihnen zu eröffnen, daß und wo diese Gesetzsammlung zu Jedermanns Einsicht bereit liege.

Es ist sodann gegenwärtige Verordnung zu verlesen und damit die Aufforderung zu verbinden, daß, wenn Jemand noch Abgaben entrichtet, welche er

a) als Leibeigenschaftsabgaben nach dem Gesetze vom 5. Oktober 1820 und der Verordnung vom 5. August 1824, oder

b) als steuerähnliche alte Abgaben nach dem Gesetze vom 14. Mai 1825 oder

c) als Forst- und Jagdabgaben, oder

d) als Judenabgaben nach den Gesetzen vom 14. Mai 1828, —

zur Aufhebung für geeignet halte, die vorschriftsmäßigen Entlastungsgesuche bei den betreffenden Aemtern einzureichen seyen.

Ist Jemand im Zweifel, ob eine Abgabe, welche er entrichtet, in die Klasse der aufgehobenen gehöre, so kann er sich darüber, sowie über die Art und Weise, wie die Entlastungsgesuche abzufassen sind, bei dem Gemeinderath, bei dem Amtsrevisorat, bei der Domainenverwaltung oder bei dem Amte Raths erholen.

Digitized by Google

Namentlich haben die Bürgermeister auch auf das Gesetz vom 3. August d. J. aufmerksam zu machen, wornach hinsichtlich der so eben unter lit. a. c. und d. erwähnten Abgaben den Abgabepflichtigen dasjenige, was sie nach dem 5. Oktober 1820, beziehungsweise nach dem 1. Juni 1828 entrichtet haben, nur dann noch rückersetzt wird, wenn sie ihre Entlastungsgesuche binnen einem Jahre nach Verkündung des Gesetzes vom 3. August d. J. bei dem Amt übergeben.

Ueber den Vollzug vorstehender Anordnung haben die Bürgermeister binnen zwei Monaten den Aemtern die berichtliche Anzeige zu erstatten.

2) Die Amtsrevisorate werden beauftragt, bei vorkommenden Gelegenheiten, namentlich bei Revision der Gemeinderechnungen, ihre besondere Aufmerksamkeit darauf zu richten, ob nicht noch Gefälle und Leistungen vorkommen, welche nach den unter Nr. 1. erwähnten Gesetzen zur Aufhebung geeignet scheinen. Finden sie Abgaben oder Leistungen dieser Art, so haben sie davon dem betreffenden Amte Mittheilung zu machen.

3) Die Aemter haben nicht blos auf den Vollzug der unter 1 und 2. getroffenen Anordnungen zu wachen, sondern auch selbst jede Gelegenheit, besonders die Abhaltung der Ruggerichte, zu benützen, um ihre Amtsangehörigen über die erwähnten Gesetze zu belehren und nachzuforschen, ob noch Abgaben der fraglichen Art bestehen.

Auf die Mittheilungen der Amtsrevisorate (Nr. 2), oder wo sie sonst dergleichen Abgaben oder Leistungen vorfinden, haben sie die Pflichtigen zur Einreichung vorschriftmäßiger Entlastungsgesuche aufzufordern.

4) Die genannten Behörden, sowie die Domainenverwaltungen sind verpflichtet, Angehörigen ihres Bezirks auf deren Verlangen die unter Nr. 1. erwähnte Belehrung zu ertheilen.

5) Die Großherzoglichen Kreisregierungen werden beauftragt,

a) dafür besorgt zu seyn, daß vorstehende Anordnungen pünktlich vollzogen werden;

b) gegenwärtige Verordnung in den Kreisanzeigeblättern abdrucken zu lassen;

c) den Commun- und Stiftungsrevisionen die gleiche Anweisung zu ertheilen, wie sie die Amtsrevisorate oben unter Nr. 2. erhielten;

d) die Großherzoglichen Standes- und Grundherrn, Stiftungen und Corporationen und wer sonst zu Abgaben der fraglichen Art berechtigt seyn kann (mit Ausnahme der landesherrlichen Domainenverwaltungen, an welche von hieraus die erforderliche Weisung bereits ergieng), wiederholt und speciell aufzufordern, in gleicher Weise, wie es den landesherrlichen Domainenverwaltungen vorgeschrieben wurde, durch ihre Rentbeamte zum Vollzuge der mehrerwähnten Gesetze mitzuwirken. Namentlich sind dieselben zu

Digitized by Google

veranlassen, Verzeichnisse über diejenigen Gefälle, welche sie zur Aufhebung nach den bestehenden Gesetzen für geeignet halten, unter Angabe des Betrags des Gefälles und unter Benennung der Abgabepflichtigen, den Großherzoglichen Kreisregierungen vorzulegen.

Die Großherzoglichen Kreisregierungen werden die Mittheilungen, welche sie nach vorstehenden Bestimmungen erhalten, einer genauen Prüfung unterwerfen; wo sie zur Aufhebung möglicher Weise geeignete Abgaben entdecken, die vorschriftsmäßigen Entlastungsgesuche, nebst den beweisenden Urkunden erheben, die Natur der Abgaben im Wege des Informativ-Verfahrens untersuchen und ihre gutächtlichen Anträge dem diesseitigen Ministerium vorlegen.

Wie vorstehenden Anordnungen genügt wurde, und welchen Erfolg dieselben hatten, darüber haben die Großherzoglichen Kreisregierungen im Juli kommenden Jahrs anher zu berichten.

Carlsruhe, den 23. Dezember 1837.

Ministerium der Finanzen.

von Böckh.

Vdt. Pfeilsticker.

Ludwig von Gottes Gnaden,

Großherzog zu Baden, Herzog zu Zähringen, Landgraf zu Nellenburg, Graf zu Salem, Petershausen und Hanau ꝛc. ꝛc.

In Gemäßheit des Art. 11 der Verfassungsurkunde geben Wir, unter Zustimmung Unserer getreuen Landstände, hiermit folgendes Abkaufsgesetz:

§. 1.

Die in Unsern unmittelbaren Landen bereits aufgehobenen persönlichen Leibeigenschafts-Abgaben werden auch in allen übrigen Landestheilen hiemit für aufgehoben erklärt.

§. 2.

Alle noch zu diesen Abgaben berechtigten Standes- und Grundherrn, so wie auch Corporationen werden dafür aus der Staatskasse entschädigt.

§. 3.

Um diese Entschädigung bestimmen zu können, haben die Berechtigten aus ihren Rechnungen einen zehnjährigen Durchschnittsertrag durch alle dahin gehörigen Rubriken binnen sechs Monaten Unserm Finanz=Ministerio vorzulegen.

In diese Berechnung dürfen jedoch jene Manumissionsgelder, welche von den ganz aus dem Lande in andere Bundesstaaten ziehenden Leibeigenen oder ihrem Vermögen erhoben wurden, als welche gemäß Art. 4 des Bundesbeschlusses vom 23. Juni 1817 unter der ausgesprochenen Nachsteuer=Freiheit begriffen sind, nicht aufgenommen werden.

§. 4.

Das Finanz=Ministerium wird nach genau angestellter Prüfung und darauf gepflogener Communication mit Unserm Ministerium des Innern, Uns die Entschädigungs=Summen zur Bestimmung in Vorschlag bringen.

§. 5.

Die Entschädigungs=Summe soll dem ehemaligen Leibherrn von der Zeit der vollzogenen Aufhebung der Gefälle sogleich auf die Staatskasse angewiesen, und aus dieser nach Ablauf eines jeden Jahrs bezahlt werden.

Gegeben Carlsruhe den 5. Oktober 1820.

Ludwig.

Vdt. Frhr. von Berstett.

Auf Befehl Seiner Königlichen Hoheit des Großherzogs:
Eichrodt.

Digitized by Google

Ludwig von Gottes Gnaden,

Großherzog zu Baden, Herzog zu Zähringen, Landgraf zu Nellenburg, Graf zu Salem, Petershausen und Hanau ꝛc.

Aus dem Vortrag Unseres Finanz-Ministeriums über die provisorischen Entschädigungs-Anweisungen auf drei Jahre für aufgehobene Leibeigenschafts-Gefälle haben Wir schon die Ueberzeugung geschöpft, daß nicht nur eine nähere Prüfung der bereits eingekommenen Liquidationen, und dafür die Feststellung allgemeiner Grundsätze nothwendig, sondern daß das für die Durchschnitts-Berechnung vorläufig gewählte Jahrzehent von 1808 bis 1817 für drei Gattungen von Leibeigenschafts-Gefällen nicht ganz anwendbar sey.

Wir sind durch eben diesen Vortrag in Kenntniß gesetzt worden, daß einige Bezugsberechtigte mit den nöthigen Vorlagen noch im Rückstande sind, Einige sogar den Schein einer förmlichen Verweigerung gegen sich haben.

Wir haben daher zu rechtlicher und definitiver Berichtigung dieser für die Staatskasse, für die vormalige Bezugsberechtigte und für die Abgabspflichtige gleichwichtige Angelegenheit eine Immediat-Commission ernannt.

Nach Anhörung des von derselben an Unser Staatsministerium erstatteten Gutachtens erklären und verordnen Wir wie folgt:

Art. I.

Als unzweifelhafte Leistungen der Erbpflichtigkeit sind anzusehen die Leistungen unter der Benennung — Leibbatzen — Leibschilling — Leibzins — Leibsteuer — Kopfzins — Besthaupt — Hauptrecht — Erbtheilung nach Prozenten, mit oder ohne Besthaupt — Erbentlassungsgebühren — Fahrnißerbdrittel — Wegzugsdrittel, wie es in den Aemtern Wolfach und Haslach, und wo etwa sonst noch, hergebracht ist.

Art. II.

Leistungen, worüber noch bessere Beweise, daß sie ungetheilte Ausflüsse der Erbpflichtig- und Leibeshörigkeit seyen, geführt werden müssen, sind:

1) Frohnden und Frohndsurrogate, unter den Benennungen Frohndredemtionsgeld — Pfluggeld — Thauengeld — Taggeld, wo (wie es wirklich von Einigen geschehen ist) hergestellt seyn muß, daß die Leibesfreien desselben Orts- und Domanialverbandes von den-

Digitized by Google

selben Frohnd- und Frohnd-Redemtionsgattungen frei sind, und die ganze Last auf den Leibeshörigen, ohne Unterschied ob sie viele oder wenige, oder gar keine Güter besitzen, haften.

2) Bürgergeld, wobei zu erweisen ist, daß diese Abgabe desselben Ursprungs und derselben Eigenschaft seyen, wie anderst wo Kopfzins — oder Leibsteuer. —

3) Leibhennen und Fastnachthennen, welche bekanntermaßen noch andere Titel der Pflichtigkeit als den der Leibeigenschaft haben, somit nur dann als Ausflüsse der Letztern angesehen werden können, wenn, wie bei Frohnden nachgewiesen wird, daß in einem örtlichen Verbande leibesfreier und leibeshöriger Menschen, Leibhennen und Fastnachtshennen nur ausschließliche Schuldigkeiten der Letztern sind, oder in so fern der ganze Ortsverband mit der Leibeigenschaft bestrickt war, wenn, wie z. B. zu Roth und Sauldorf im Seekreise, nachgewiesen ist, daß die leibeignen Söldner oder Tagwerker — Leibbatzen, die leibeignen Bauern aber eine Fastnachthenne, aber keine Leibbatzen entrichten, und wenn bei Lehenbauern desselben Orts die Leib- oder Fastnachtshühner nicht als Lehengefäll in den Lehenbriefen erscheinen.

4) Todfälle von lehenbaren Gutsbesitzern — wobei glaubhaft nachgewiesen seyn muß, daß unter der Rubrik Besthaupt oder Erbtheilung kein Laudemium oder sonstige Lehens-Recognition begriffen sey.

5) Salzscheiben bei Verehelichungen, wo nachzuweisen ist, daß neben dieser Abgabe auch noch die gewöhnlichen Taxen und Sporteln für bürgerliche oder beisäßliche Annahmen bezogen worden seyen, und noch bezogen werden.

So lang die von Nr. 1 — 5 vorgeschriebenen Beweise nicht geführt und als vollgültig anerkannt sind, darf die Leistung nicht versagt werden, und der Berechtigte ist, wie vor dem Edikt vom 5. Oktober 1820 befugt, richterliche Hülfe dagegen nachzusuchen.

Art. III.

Prästationen, die zwar wirklich den Charakter der Leibeigenschaft haben, oder doch auf derselben frühere Ablosung, oder Verwandlung in eine andere Abgabe begründet — oder endlich den Verwaltern leibeigenschaftlicher Gefälle zugewiesen sind, eignen sich nicht zur Durchschnitts-Berechnung, und sind, so weit sie schon aufgenommen worden, zu streichen; hierher gehören:

1) Boden- oder sogenannte Lehenzinse, welche nach Lehenbriefen oder andern Urkunden für ehemals bestandene Leibeigenschaft auf Grundeigenthum constituirt worden, somit die Natur eines Bodenzinses angenommen haben.

Digitized by Google

2) Das Burger-Abzugsgeld im Breisgau, welches noch unter Kaiserlich Oestreichischer Regierung den Breisgauer Grundherrschaften zu einiger Entschädigung für die aufgehobenen Manumissionsgebühren gegeben worden, und welches nunmehr als gewöhnliche Abfahrtsgebühr fortzubestehen hat, jedoch mit der in der Verordnung vom 14. August 1817 auf den Grund des Bundesgesetzes vom 23. Juni 1817 enthaltenen Beschränkung.

3) Restschuldigkeiten für früher stattgehabte Leibeigenschafts-Ablosungen, welche nun ohne Rücksicht auf ihren Entstehungsgrund den Schuldnern zur Last bleiben.

4) Gebühren für Einzüge in leibeigne Orte — in so weit schon hergestellt ist, oder noch hergestellt werden kann, daß diese Gebühren nicht die hie und da herkömmliche Bürgereinzugs-Gebühren sind, sondern einen förmlichen Einkauf eines freien Mannes in den Leibeigenschaftsverband repräsentiren, also schon im Jahr 1808 nach dem sechsten Constitutionsedict, welches jede neue Gründung von Erbpflichtigkeiten untersagt, nicht mehr hätten statt haben sollen.

5) Todfälle der Juden, welche nie nach Leibeigenschaftsverhältnissen der Christen bemessen worden — und nun nach der neuern Regulirung der grundherrlichen Rechtsverhältnisse vom 22. Februar d. J., vermög welcher nur die jüdischen Schutz- und Satz- oder Beisaßengelder aufgehoben sind, bemessen werden müssen.

6) Leibeigenschaftsgebühren, welche Verrechner als Besoldungstheile bezogen haben, welche als Administrationskosten zu betrachten sind, und wofür Wir nur den noch lebenden Verrechnern, so weit sie am 5. Oktober 1820 noch im Besitz waren, den jährlichen Betrag für ihre Lebenszeit werden vergüten lassen.

Art. IV.

Unbedingt sind von den Durchschnitts- und Entschädigungs-Berechnungen auszuschließen:

1) Herdrecht und Rauchhühner, Pfeffergeld — Augstpfenning.

2) Kammer-Korn.

3) Fauthaber und Vogtrecht.

4) Alle Gattungen von Beeten, außer der Leibbeete.

5) Sitz- oder Satzgeld (welches zu den gegen Entschädigung bereits aufgehobenen alten Steuergefällen gehört).

6) Handlohn, Kaufdrittel, Drittelnutzung.

7) Manumissionsgebühren und Wegzug-Drittel, welche für Abzüge in ein dermal zum deutschen Bunde gehöriges Land entrichtet wurden.

Digitized by Google

Eben so wenig dürfen die neben den eigentlichen Manumissionsgebühren hie und da noch erhobenen Concessions- und Expeditions-Taxen in die Ertragsberechnung mit aufgenommen werden.

Hiernach sind auch andere Abgaben, welche von gleicher Eigenschaft wie die von 1 — 6 aufgeführten — und nur von anderer Benennung sind, zur Vereinfachung der Durchschnittsberechnungen bei Seite zu lassen.

Art. V.

Bei dem für die Durchschnittsberechnungen provisorisch gewählten Jahrzehnt 1808 — 1817 inclusive soll es zwar auch definitiv sein Verbleiben haben, jedoch unter den drei Beschränkungen:

1) Daß bei den Todfällen (Mortuarien) der Betrag vom Jahr 1813 nicht aufgenommen, dafür aber der Betrag vom Jahr 1812 doppelt in Ansatz gebracht und mit 10 fractionirt werde.

2) Daß die Manumissionsgebühren überhaupt, und die Wegzugsgebühren im Kinzingerthal nach den 5 Jahren vom 1. November 1815 bis 1. November 1820 berechnet werden.

Zwar sollte die Berechnung nach dem allgemeinen Evalvationsprincip vom 14. August 1817 als dem Tage der Publikation des Bundesgesetzes vom 23. Juni 1817 beginnen; Wir wollen aber gleichwohl — um doch die Hälfte eines Jahrzehnts für die Durchschnittsberechnungen zu haben — bis zum 1. November 1815 zurückgehen lassen, versehen Uns aber dabei, daß kein Wegzug in ein zum deutschen Bunde gehöriges Land mitaufgenommen werde.

3) Daß, wenn bei Mortuarien einzelner fallbarer Leute das faktische Verhältniß eintritt, daß in den Jahren 1808 bis 1817 sich kein Sterbfall ergeben habe, auf so viele Jahre rückwärts gegangen werde, bis ein Todesfall in den Rechnungen erscheint; eine natürliche Folge dieser Begünstigung aber ist, daß die Zahl der Jahre, auf welche man vom Decennium rückwärts gegangen ist, in die Fractionszahl miteingerechnet werden müsse.

Art. VI.

Da viele von den eingekommenen Liquidationen aus Mangel methodischer Jahresrechnungen, welche den Ertrag im Normaldecennium nachweisen sollen, nicht für richtig angenommen werden können, und eben so wenig die Zusammenstellung der Mortuarien aus den Sterbebüchern, und nach sonstigen pfarramtlichen Zeugnissen, so wird hiermit bestimmt:

1) wo nur einige Rechnungen aus dem Normaldecennium fehlen, mag die Berechnung nach den vorhandenen — und die Fraction nach der Zahl der vorhandenen Rechnungen geschehen,

Digitized by Google

2) wo gar keine formirte Rechnungen, sondern nur sogenannte Abrechnungsbücher vorhanden sind, mag nach Verhältniß der im Normal-Jahrzehent in einer andern Grundherrschaft, wo dieselben Abgaben für Leibeigenschaft statt hatten, bestandene Seelenzahl zu der Seelenzahl selbiger Zeit in der Grundherrschaft, wo die Rechnungen fehlen, berechnet werden, jedoch mit einem Abzug zu 5 Prozent von dem resultirten Durchschnittsbetrag, weil derartige Vergleichungsberechnungen immer Noten der Unverläßigkeit an sich tragen; hievon sind jedoch die Manumissions- und Wegzugsgebühren, die nach neuern Jahren zu berechnen sind (Art. V.), ausgenommen, wo der Mangel an förmlichen Rechnungen, durch Auszüge aus den Amtsprotokollen von den Betheiligten auf ihre Kosten zu ergänzen ist.

Art. VII.

Rücksichtlich der Hebgebühren und sonstiger Administrations-Kosten, welche die Leibeigenschaftsgefälle veranlaßten, soll es bei dem, was die Rechnungen darüber nachweisen, sein Verbleiben haben.

Art. VIII.

Wegen Ausfällen, Nachlässen, Vor- und Nachzahlungen, wegen Beurkundungen über die genaue Befolgung vorstehender Normen, sowohl von Seite der Rechnungssteller, als der Rechnungs-Revidenten wird auf beiliegende besondere Instruction verwiesen.

Art. IX.

Der Tag, von welchem an die Entschädigung zu berechnen ist, ist der Tag, wo eine Leibeigenschafts-Prästation nach dem 5. October 1820 fällig war, aber wegen des Gesetzes von demselben Tage nicht mehr geleistet wurde.

Art. X.

Da Unser Wille ist, daß der Entschädigungspunkt auf den Grund der nach gegenwärtigen Normen zu verbessernden, und besser zu prüfenden Durchschnittsberechnungen baldmöglichst erledigt werde, so sind weitere Zögerungen in Fertigung und Vorlegung der Durchschnittsberechnungen, und der Rechnungen selbst, aus welchen sie gezogen sind, in so fern sie nicht durch erhebliche faktische Hindernisse besonders entschuldigt werden, damit zu ahnden, daß, wenn auch die gewesenen Leibespflichtigen sich schon vom 5. October 1820 an in die Wohlthaten des Gesetzes getheilt, und von diesem Tage an die Leibeigenschafts-Prästationen verweigert haben, die Entschädigung gleichwohl erst von dem Moment der wirklichen Vorlage an geleistet werden soll.

Die Abgabspflichtigen aber hätten sich selbst zuzuschreiben, wenn sie ungeachtet der gegenwärtigen öffentlichen Belehrung, welche Lasten erst dann als Lasten der Leibeigenschaft ange-

Digitized by Google

sehen werden können, wenn die Beweise, welche hier vorgeschrieben sind, geführt werden, mit diesen Beweisen später, als sie sollten, auftreten, und um so länger mit dieser Prästation belastet bleiben.

Art. XI.

Alle Petitionen und Rekurse über die Eigenschaft einer Prästation, ob sie nämlich ein Ausfluß der Leibeigenschaft sey, oder nicht — über die Ausmittlung und das Maaß der Entschädigung — über einzelne Leibeigenschafts-Prästationen, die auch ohne Entschädigung nicht mehr statt haben dürfen, gehören der ausschließlichen Cognition der Administrativ-Behörden an; es sollen aber nur zwei Instanzen in der Art dabei statt haben, daß die Kreis-Directorien in erster Instanz zu erkennen haben — und diese, wenn der Rekurs gegen ihre Entscheidung angemeldet wird, die Akten mit Bericht an Unsere — wegen Leibeigenschaftsgefällen, und der desfallsigen Entschädigung bestellte Immediat-Kommission einschicken sollen, welche alsdann die Sache mit ihrem Gutachten Unserem Staatsministerium zur endlichen Entscheidung vorzulegen hat.

Zur richterlichen Cognition eignen sich nur folgende Fälle:

1) Wenn die Abgabe selbst schon vor dem Gesetz vom 5. Oktober 1820 zwischen Einzelnen oder einer ganzen Gemeinde und der fordernden Grundherrschaft unter Berufung auf Testamente, Verträge und andere Befreiungstitel streitig war,

2) wenn die berechnete und verheißene Entschädigung gar nicht, oder nicht in dem ausgesprochenen Maaße geleistet wird,

3) wenn eine Abgabe, die nach den gegenwärtigen Bestimmungen entweder für allzeit oder bis der vorgeschriebene Beweis geführt ist (Art. II.), fortgeleistet werden soll, gleichwohl verweigert wird, ohne daß der Pflichtige sich ausweisen kann, daß er bei der Administrativbehörde eine abändernde — oder Einhalt gebietende Verfügung erwirkt habe.

Art. XII.

Da die von Unserm Finanzministerium unterm 24. September v. J. verfügten Abschlagszahlungen mit der ausdrücklichen Bedingung verbunden worden, daß sich die Empfänger zum Voraus förmlich reversiren, hieraus kein Anerkenntniß einer Zahlungsverbindlichkeit überhaupt abzuleiten, und dasjenige, was sie nach erfolgter definitiver Entscheidung ungebührlich, oder über das rechtliche Maaß ihrer Forderung erhalten haben sollten, unweigerlich wieder an die Staatskasse rückzahlen zu wollen, diese Reverse aber noch von vielen Seiten her ausstehen, so finden Wir Uns bewogen, diese in dem Interesse des Staats-Aerariums wohlbegründete Wahrung nach ihrem ganzen Gehalt zu wiederholen, zugleich aber die beruhigende Versicherung damit zu verbinden, daß, wenn die gegenwärtigen definitiven Vorschriften günstigere Resultate für die zu entschädigende Do-

Digitized by Google

minien herbeiführen sollten, auch die für drei Jahre provisorisch geleistete Entschädigung darnach aufgebessert werden solle.

Hiernach haben sich auch Unsere Ministerien des Innern und der Finanzen genau zu achten. Gegeben zu Carlsruhe in Unserem Großherzoglichen Staatsministerium den 5. August 1824.

Ludwig.

Vdt. Frhr. v. Berstett.

Auf Befehl Seiner Königlichen Hoheit.
Eichrodt.

Instruction

für Stellung und Prüfung der Durchschnitts-Berechnungen über den Betrag der aufgehobenen Leibeigenschafts-Prästationen ad Art. VIII. der Verordnung vom 5ten August 1824.

§. 1.

Da in mehreren eingekommenen Durchschnitts-Berechnungen Ausfälle und Nachlässe, die sich in den Normaljahren ergeben haben, nach ihrem Betrag mit aufgenommen worden, weil eine Zahlungs-Unvermögenheit in einem Jahr das Erhebungsrecht nicht alterire, und Nachlässe als ein blos willkührlicher Akt ohnehin von keiner rechtlichen Consequenz seyn könne, so wird in Anbetracht, daß dergleichen Fälle von einer Periode zur andern sich immer wiederholen, hiermit bestimmt, daß Ausfälle und Nachlässe, welche Veranlassung sie immer haben mochten — nicht in den Ertrag mit aufgenommen werden dürfen, und wo solche aufgenommen sind, zu streichen seyen.

§. 2.

Bei der Prüfung der Durchschnitts-Berechnungen ist auch genau darauf zu sehen, daß keine Prästationen, die aus Jahren über das Normaldecennium hinaus anticipirt, und in Rechnungen von den Normaljahren einnähmlich verrechnet, und so auch in die Berechnungen des Durchschnitts-Ertrags, wohin sie sich nicht eignen, aufgenommen worden seyen.

Eben so ist darauf zu sehen, daß keine nachträgliche Zahlungen, die in vorderen Jahren vor dem Normaldecennium schon fällig waren, aber erst zur Zeit wirklicher Zahlung in Einnahme gestellt worden sind, in dem Durchschnitts-Ertrag enthalten seyen.

Damit Eines und das Andere richtig bemessen werden könne, sollen nebst den Rechnungen von den Normaljahren noch die zwei Rechnungen von den unmittelbar vorhergegangenen, und die zwei von den unmittelbar nachgefolgten zwei Jahren, an die Kreisdirektorien eingeschickt werden.

Digitized by Google

§. 3.

Sind Gefälle aus spätern Jahren in Rechnungen vom Normaldecennium übertragen, weil solche dem Angeben nach in einem Normaljahre schon fällig gewesen, — aber erst nach Ablauf der Normaljahre entrichtet worden seyen, so muß ein Justizamtliches Zeugniß — daß dem so sey, beigebracht werden.

§. 4.

Außer dem Zeugniß für diesen Specialfall, soll jede Durchschnitts-Berechnung mit folgenden Beurkundungen entweder von dem Bezugsberechtigten selbst, oder von dem Rechnungssteller belegt seyn:

1) Daß bei Todfällen lehnbarer Leibeignen kein Laudemium, keine sonstige Lehens-Recognition begriffen sey.

2) Daß unter den Manumissionen von den Jahren 1815 bis 1820 keine Wegzüge in einen andern deutschen Bundes-Staat, und unter den übrigen Gefällen keine Ausfälle, keine Nachlässe, keine Vor- oder Nachzahlungen begriffen seyen.

3) Wann, vom 5. Oktober 1820 angerechnet, fällig gewesene Leibeigenschafts-Prästationen Abseiten der Pflichtigen verweigert worden seyen.

§. 5.

Da aus den bisher erwachsenen Acten ersichtlich war, daß bei einigen Kreis-Direktorien die dahin gekommenen Durchschnitts-Berechnungen gar keiner Revision und Vergleichung mit den Jahrsrechnungen selbst unterworfen — bei andern die Revisionen nicht mit der Genauigkeit, welche erforderlich ist, wenn eine ewige Rente darauf constituirt werden soll, geprüft worden sind, so wird den Kreis-Direktorien pünktliche Aufmerksamkeit und ernstliche Maaßregeln gegen das mit diesem wichtigen Geschäft von ihnen beauftragte Revisionspersonal nachdrücklich anempfohlen.

Wir Ludwig von Gottes Gnaden,

Großherzog zu Baden, Herzog zu Zähringen, Landgraf zu Nellenburg, Graf zu Salem, Petershausen und Hanau rc. rc.

haben mit Zustimmung Unserer getreuen Stände beschlossen, mehrere alte Abgaben aufzuheben, und verkünden hiermit, wie folgt:

Art. 1.

Es werden aufgehoben:

1) Alle Geld- und Naturalabgaben, welche die Eigenschaft einer Häusersteuer haben, nament-

Digitized by Google

lich die Rauch- und Fastnachthühner dieser Art; so wie die Geldabgaben, welche die Stelle jener Leistungen vertreten.

2) Kammerschatzungen, Fräuleinsteuern, Gemeinde-, Kopf- und Vermögenssteuern.

3) Die Abgaben, welche nach der ehemaligen Verfassung von den Unterthanen aus dem Grunde zu entrichten waren, weil sie der Landesherr in Ansehung der Reichs-, Kreis- und Landesbedürfnißgelder zu vertreten hatte.

4) Die Satzgelder der Juden.

5) Die Abgaben, welche die Natur einer Gewerbsrecognition haben, namentlich die Wasserzinse dieser Art.

6) Die Abgaben in Geld und Naturalien, welche nach der ehemaligen Verfassung für Schutz und Schirm zu entrichten waren.

7) Die Beiträge und Leistungen zur Justiz- und Polizeiverwaltung; namentlich auch Fauthhaber, Gardegelder, Schultheißenamtsgeld, Vogtgeld, Reißigvogtgeld, Blutvogtgeld, Vogthühner und anderes Geflügel, das urkundlich für amtliche Fertigungen gegeben wurde; deßgleichen Schreibgeld, Neujahrsgeld und alle periodischen Geschenke an Justiz- und Polizeibeamte.

8) Die für ehemalige Zollfreiheiten bedungenen Abgaben, namentlich das Bruckgarben- und Käsegeld im Hauensteinischen.

9) Die von den ehemaligen Dinggerichten herrührenden Abgaben, namentlich der Stock- und Wieshafer.

10) Die Abgaben, welche auf Hof- und Burgrechten beruhen.

11) Die Abgaben, deren Ursprung und Natur nicht auszumitteln ist, namentlich das Uebergeleitgeld und Gewerf, die Speirer und Zürcher Steuern.

12) Das Kaufhabergeld im Main- und Tauberkreise, und der Brunnenzins in der ehemaligen Vogtei Haußen.

Art. 2.

Es werden ferner aufgehoben:

1) Die Beeten in Geld und Naturalien, wie auch die Mai-, Martini-, Katharina- und ähnliche nur in dem Namen oder in der Entrichtungszeit von diesen verschiedene, ihrer Natur nach ganz gleiche Steuern.

2) Der Vogthaber, die Vogtsteuer, der Steuerhaber, der Steuerroggen, die Steuerfrucht, der Steuerwein; insofern diese unter 1 und 2 aufgeführten Abgaben auf einem Banne oder auf einer ganzen Gemeinde haften, oder gehaftet haben.

Digitized by Google

Art. 3.

Unter den Vorschriften der Artikel 1 und 2. sind jedoch nicht begriffen, und es werden mithin durch dieses Gesetz nicht aufgehoben, diejenigen Abgaben und Leistungen, welche vermöge einer Erbdienstbarkeit oder einer Bann- oder Frohndpflichtigkeit zu entrichten sind, oder als Ablösung einer Erbdienstbarkeit oder Bann- oder Frohndpflichtigkeit entrichtet werden, oder zu den der Jagdgerechtigkeit und Forsteilichkeit anhängenden Abgaben gehören, oder auf einem sonstigen Rechtsgrund beruhen, durch welchen die Vermuthung, daß sie öffentliche Abgaben seyen, ausgeschlossen wird.

Art. 4.

Wenn eine Abgabe, die nach Art. 1 und 2. aufgehoben werden soll, mit einer fortdauernden Abgabe dergestalt vermischt ist, daß (wie z. B. rücksichtlich der mit einer Weinfuhr-Redemtion unter einer Rubrik aufgeführten Mauchener und Grünberger-Steuer) nicht ausgemittelt werden kann, welcher Theil für die aufzuhebende, und welcher Theil für die noch fortdauernde Abgabe zu rechnen sey; so wird die Hälfte der Gesammtabgabe aufgehoben, die andere Hälfte muß fortentrichtet werden.

Art. 5.

Die nach den vorstehenden Artikeln aufzuhebenden Abgaben sind insofern nicht weiter zu entrichten, als sie nach dem 31. Mai 1825 fällig werden. Hinsichtlich derjenigen Abgaben, welche von der Regierung Kraft und in Gefolge des Gesetzes vom 6. April 1815 bereits aufgehoben sind, behält es bei dem frühern Aufhebungstermin sein Bewenden.

Art. 6.

Es wird einer jeden Gemeinde ein Verzeichniß derjenigen Abgaben zugefertigt, welche nach Maaßgabe des gegenwärtigen Gesetzes und zufolge der bereits stattgehabten Untersuchungen von ihr oder ihren Angehörigen nicht weiter zu entrichten sind. Jede betheiligte Gemeinde und jeder einzelne Betheiligte ist nebstdem jederzeit zu dem Beweise zuzulassen, daß eine Abgabe, welche in jener Zufertigung nicht für aufgehoben erklärt worden wäre, vermöge des gegenwärtigen Gesetzes für aufgehoben zu erklären sey. Die Beweisschrift ist bei dem Kreisdirektorium einzureichen. Ueber die Beweisführung entscheidet ausschließlich die oberste Staatsbehörde.

Die Abgabe, wegen welcher ein solcher Beweis angetreten wird, ist immittelst und bis die oberste Staatsbehörde sie für aufgehoben erklärt, fortzuentrichten, jedoch mit Vorbehalt des vom 1. Juni 1825 zu leistenden Rückersatzes. Denjenigen, welche erst nach zwei Jahren, vom Tage der Verkündigung des gegenwärtigen Gesetzes an gerechnet, diesen Beweis antreten, wird nur das rückersetzt, was sie für die nach dem ersten Juni des Jahrs der Beweisantretung fällig gewordenen Termine entrichtet haben.

Art. 7.

Die Standes- und Grundherren und die übrigen Bezugsberechtigten erhalten für die bisher

Digitized by Google

bezogene und durch gegenwärtiges Gesetz aufgehobene Abgabe aus der Staatskasse diejenige Entschädigung, auf welche sie rechtmäßige Ansprüche zu machen haben, und zwar die Standesherren nach dem Betrage, mit welchem diese Abgaben in der Revenüen- und Schuldenabtheilung aufgerechnet worden sind; die Grundherren und übrigen Bezugsberechtigten aber nach dem Durchschnittsbetrage des Normaldecenniums von 1781 bis 1790.

Ausgenommen sind die aufgehobenen Beiträge und Leistungen zur Justiz- und Polizeiverwaltung, wofür keine Entschädigung geleistet wird.

Gegeben zu Carlsruhe in Unserem Großherzoglichen Staats-Ministerium, den 14. Mai 1825.

Ludwig.

Vdt. Frhr. von Berstett.

Auf Befehl Seiner Königlichen Hoheit:
Eichrodt.

Ludwig von Gottes Gnaden,

Großherzog zu Baden, Herzog zu Zähringen, Landgraf zu Nellenburg, Graf zu Salem, Petershausen und Hanau ꝛc. ꝛc.

In der Absicht, den ordnungsmäßigen Vollzug des Gesetzes vom 14. Mai d. J. die Aufhebung der alten Abgaben und die Entschädigung der Bezugsberechtigten betreffend, zu sichern, finden Wir Uns gnädigst bewogen, Nachstehendes zu verordnen und festzusetzen:

Art. 1.

Die Gemeinden und einzelnen Pflichtigen, welche sich berechtigt halten, auf den Grund des erwähnten Gesetzes, Entlastung von einer alten Abgabe in Anspruch zu nehmen, haben ihr Gesuch bei dem Kreisdirektorium einzureichen.

Es muß enthalten:

1) Die Benennung der Abgabe;

2) die Größe derselben, und wenn sie nicht ständig ist, wie viel sie in den Jahren von 1781 bis 1790 jedes Jahr betragen hat. Das Maaß, in welchem die Naturalien entrichtet werden müssen, und die Durchschnittspreise derselben nach den Jahren 1781 bis 1790.

Digitized by Google

3) Die Verfallzeit.

4) Die Angabe des Bezugsberechtigten.

5) Die Begründung der Behauptung, daß die Abgabe in die Classe derjenigen gehöre, welche das Gesetz für aufgehoben erklärt.

Art. 2.

Das Kreisdirektorium hat das Entlastungs-Gesuch dem Bezugsberechtigten zur Erklärung mitzutheilen: ob er sich in Gemäßheit des Gesetzes zum Fortbezug dieser Abgabe befugt oder zur Verzichtleistung gegen — oder ohne Entschädigung verbunden erachte und welche Entschädigungs-Summe er in Anspruch nehme, wenn die Aufhebung der in Frage stehenden alten Abgabe von der competenten Staatsbehörde ausgesprochen werden sollte.

Art. 3.

Der Bezugsberechtigte hat, wenn er sich zur Verzichtleistung auf den Fortbezug der Abgabe, ohne, oder auch gegen Entschädigung nicht verbunden erachtet, dem Kreisdirektorium seine Gründe anzugeben, im entgegengesetzten Fall aber den Betrag seiner Forderung gesetzlich zu begründen.

Art. 4.

Im Fall die nach den vorhergehenden Artikeln eingekommenen Gesuche, Erklärungen und Entschädigungs-Berechnungen nicht erschöpfend sind, wird das Kreisdirektorium die Bevollständigung derselben im Wege des Informativ-Verfahrens von Amtswegen veranlassen.

Art. 5.

Das in den Art. 1 bis 3 vorgeschriebene Verfahren kann in denjenigen Fällen umgangen werden, wo zu Folge der bereits früher statt gehabten Untersuchungen alle erforderlichen Materialien schon erschöpfend vorliegen, oder durch ein abgekürztes Verfahren bevollständigt werden können.

Art. 6.

Sind die zur Entscheidung der Fragen:

ob die Abgabe zur Aufhebung geeignet sey oder nicht — und im ersten Fall, welche Entschädigung dem Bezugsberechtigten gebühre,

erforderlichen Thatsachen genügend erhoben, so hat das Kreisdirektorium die Verhandlungen dem Finanz-Ministerium vorzulegen, mit bestimmten, auf erstatteten schriftlichen Vortrag und eingetretene collegialische Berathung, nach Stimmenmehrheit gefaßten Anträgen.

Art. 7.

Auf die Vorlage des Kreisdirektoriums wird Unser Finanz-Ministerium nach erstattetem schriftlichen Vortrag und eingetretener collegialischer Berathung, durch Stimmenmehrheit beschließen,

Digitized by Google

ob eine alte Abgabe aufgehoben werden soll, auch ob und welche Entschädigung dem Bezugsberechtigten deßwegen gebühre. Es hat seinen Ausspruch den Betheiligten durch das Kreisdirektorium eröffnen zu lassen.

Art. 8.

Wenn sich die Abgabenpflichtigen oder die Bezugsberechtigten bei diesem Ausspruch nicht beruhigen zu können vermeinen, so haben sie innerhalb vier Wochen vom Tage der Insinuation angerechnet, bei dem Kreisdirektorium den Recurs an die oberste Staatsbehörde anzumelden und demselben innerhalb weiterer 6 Wochen die Ausführung zur Einsendung an die Recurs-Instanz zu übergeben.

Findet eine Recursanmeldung innerhalb 4 Wochen nicht statt, so ist der Ausspruch des Finanz-Ministeriums als vollzugsreif anzusehen und demnach das Weitere zu verfügen.

Art. 9.

Zur definitiven Erledigung der Recurse gegen die Entscheidung des Finanz-Ministeriums bestellen Wir andurch eine aus drei Mitgliedern Unseres Staats-Ministeriums und zwei Räthen Unseres Justiz-Ministeriums bestehende Commission.

Sie hat die vorkommenden Recurse dem Finanz-Ministerium zur Rechtfertigung seines Ausspruchs mitzutheilen, und nach Einkunft derselben, auf erstatteten Vor- und Nebenvortrag, durch Stimmenmehrheit darüber zu entscheiden, ihr Erkenntniß aber durch das Staats-Ministerium Unserer Bestätigung zu unterlegen.

Hierin geschieht Unser Wille. Gegeben Carlsruhe in Unserm Großherzoglichen Staats-Ministerium, den 8. Dezember 1825.

Ludwig.

Vdt. von Böckh.

Auf Befehl Seiner Königlichen Hoheit.
Eichrodt.

Reglement,

den Vollzug des Gesetzes vom 14. May dieses Jahrs, die Aufhebung der alten Abgaben betreffend.

Durch die höchste Landesherrliche Verordnung vom 8. d. M. ist zum Vollzug des Gesetzes vom 14. May d. J. Regierungsblatt. Nro. VIII. wegen Aufhebung der alten Abgaben und Ausmittlung der Entschädigungen für die Bezugsberechtigten das hierüber zu beobachtende Verfahren im Allgemeinen festgesetzt worden.

Digitized by Google

Da nach der Eigenthümlichkeit des Gegenstandes, nach seiner Ausdehnung und nach den dabei zur Sprache kommenden verschiedenen Interessen, seine Erledigung sobald nicht zu erwarten seyn dürfte, als solche von den Betheiligten gewünscht wird, wenn die Vollzugsarbeiten nicht an bestimmte Regeln geknüpft würden, so hat man sich veranlaßt gesehen, derselben noch folgende Vorschriften beizufügen:

§. 1.

Alle Gesuche um Entlastung von einer alten Abgabe müssen nach der in anliegendem Verzeichniß vorgeschriebenen Form dargestellt werden.

In einer Beilage zu jedem Verzeichniß ist zu begründen, daß die darin erwähnten Abgaben in die Klasse derjenigen gehören, welche das Gesetz für aufgehoben erklärt hat.

Die vorhandenen Urkunden, woraus der Ursprung und der Charakter der Abgabe nachgewiesen werden kann, werden in beglaubigten Abschriften beigelegt.

Für jede Gemeinde müssen ebensoviele Verzeichnisse aufgestellt werden, als es Bezugsberechtigte in derselben giebt.

Sie enthalten alle Gesuche um Enthebung von alten Abgaben, die an einen Gefällbezieher eines Ortes entrichtet werden, gleichviel, ob die Gemeindskasse, alle Einwohner, ein Theil derselben, oder nur Einzelne die Pflichtigen sind.

§. 2.

Sind die aus den früheren Verhandlungen schon vorliegenden Materialien so beschaffen, daß sie nur noch der Form nach einer Bevollständigung bedürfen, so erhalten sie diese bei den Kreisdirektorien; im entgegengesetzten Fall werden sie den Gemeinden zur Supplirung zurückgegeben, mit der Anweisung, wie letztere zu geschehen habe.

Damit übrigens, zur Vermeidung unnützer Arbeiten, nicht auch solche Abgaben in die Verzeichnisse aufgenommen werden, welche entweder nach dem Gesetz vom 14. Mai d. J. zur Aufhebung durchaus nicht geeignet sind, oder bereits besondern Liquidations-Verhandlungen unterliegen, wie z. B. die durch das Gesetz vom 5. Oktober 1820 aufgehobenen persönlichen Leibeigenschaftsabgaben, so sind die hierüber erforderlichen Belehrungen an die Gemeinden zu erlassen.

§. 3.

Die Verzeichnisse nebst ihren Beilagen und Voracten werden von den Kreisdirectorien, wenn es früher nicht schon geschehen, oder zu Erschöpfung der Sache noch nothwendig ist, den Gefällbeziehern zu Abgabe der in der landesherrlichen Verordnung vorgeschriebenen Erklärung unmittelbar mitgetheilt.

Diese Erklärung ist, was die von den Landesherrlichen Domainen-Verwaltungen bezogenen alten Abgaben betrifft, von der Großherzoglichen Hof-Domainenkammer; rücksichtlich der an Standes-

Digitized by Google

herrschaften entrichteten Gefälle, von den Domainen-Canzleien derselben; rücksichtlich der Corporationen und Stiftungen von der Stelle, unter der die Verrechnung steht, welche die Gefälle bezogen hat; rücksichtlich der Grundherrn aber von diesen, oder ihren Bevollmächtigten, zu fordern.

§. 4.

Erachtet sich der Gefällbezieher gegen Entschädigung zur Verzichtleistung auf den Fortbezug verpflichtet, so liegt demselben die Verbindlichkeit ob: nach Art. 7. des Gesetzes, die Größe seines Bezugs, und die Größe der ihm dafür gebührenden jährlichen Entschädigung anzugeben.

Die Entschädigungs-Berechnung muß den wirklichen Netto-Ertrag klar darstellen, es müssen also die mit der Erhebung des Gefälls speciell verbunden gewesenen Kosten, und die Ausfälle wegen Nachlaß und sonstigen Gefällverlusten, nach den Resultaten der vorliegenden Rechnungsurkunden, und wenn dieselben fehlen, oder aus andern Ursachen nicht Maaß und Ziel setzen, nach einer approximativen von dem Kreisdirectorium zu begutachtenden Schätzung, wobey die Größe der Abgabe und ihre Erhebungsweise vorzüglich in Betrachtung kömmt, davon in Abzug gebracht werden.

Diese Entschädigungsberechnungen sind in der nemlichen Form aufzustellen, welche bisher bey Ausmittlung der Entschädigungen für verlornes Ohmgeld, Gewerbsrecognitionen, und Judenschutz- und Hintersaßengelder beobachtet worden ist. Das Kreisdirectorium hat dieselben auch in gleicher Weise, wie jene, durch Vergleichung mit den Rechnungen, prüfen zu lassen.

Von den Standesherrlichen Domainen-Canzleien ist die Entschädigungssumme durch einen beglaubigten Auszug aus den Revenüen-Bilanzen, welche der Schuldenabtheilung zum Grund gelegt worden sind, nachzuweisen, vorausgesetzt, daß das in Frage stehende Gefäll in denselben namentlich aufgetragen wurde; wo dieses nicht der Fall war, kann die Aufstellung der im Allgemeinen vorgeschriebenen Nachweisung nicht umgangen werden.

Hält sich der Gefällbezieher zur Verzichtleistung auf eine Abgabe, deren Entlastung von den Pflichtigen nachgesucht worden, nach dem Gesetz nicht verbunden, so wird das Kreisdirectorium die gepflogenen Verhandlungen mit seinen nach Stimmenmehrheit zu fassenden Anträgen sofort zur Entscheidung vorlegen.

§. 5.

Gesuche um Entlastung von solchen Abgaben, wofür den Berechtigten nach dem Gesetz vom 14. May d. J. keine Entschädigung zukömmt, sind separat zu behandeln, da die Frage: ob eine Entschädigung einzutreten habe oder nicht, zugleich nach den über die standes- und grundherrlichen Rechtsverhältnisse ergangenen landesherrlichen Declarationen in Erwägung zu ziehen ist.

Zu diesem Ende müssen aus den im §. 1. vorgeschriebenen Ortsverzeichnissen Auszüge gefertigt, und unter Anschluß der vorgelegten Urkunden den Berechtigten zur Gegenerklärung zugestellt werden.

Digitized by Google

§. 6.

Gesuche der Abgabepflichtigen um Befreiung von Leistungen, die mehrere Gemeinden, welche in frühern Zeiten ein besonderes Staatsgebiet bildeten, an einen und denselben Berechtigten und aus demselben Titel gleichförmig zu entrichten haben, sind ebenfalls aus den einzelnen Ortsverzeichnissen auszuziehen, in eine Hauptzusammenstellung zu bringen, und nach geschlossenem Informativ-Verfahren, in Gemäßheit des Art. 6. der höchsten Vollzugsverordnung mit einem General-Antrag zur Entscheidung hieher vorzulegen.

§. 7.

Da rücksichtlich der zur Aufhebung geeigneten alten Abgaben, welche bisher von Standes- und Grundherrn und Corporationen bezogen worden sind, eine baldige Entscheidung sowohl für die Abgabenpflichtigen als für die Entschädigungsberechtigten besonders zu wünschen ist, so sind die darauf Bezug habenden Gesuche vorzugsweise zur Erledigung zu bringen; nach diesen die §. 5. erwähnten Entlastungsgesuche ganzer Districte, wozu ohnehin die Materialien größtentheils schon vorliegen werden.

Carlsruhe den 13. December 1825.

Finanz-Ministerium.
von Böckh.

Vdt. Schwarz.

Digitized by Google

Ort . . . .

Verzeichniß über die nach dem Gesetz vom 14. May 1825 zur Aufhebung geeignet erachteten alten Abgaben, welche bisher an *) . . . . entrichtet wurden.

1. Benennung der Abgabe.	2. Benennung des Abgabepflichtigen.	3. Größe der Abgabe in Geld fl.	kr.	in Naturalien M.	S.	V.		4. Gattung der Natural-Abgabe.	5. Verfall-Zeit.	6. Maaß in welchem die Naturalabgabe entrichtet wird.	7. Bemerkungen.
I. Ständige Abgaben.											
1. Schloßwachtgeld.	Sämmtliche Einwohner.	18	16					—	Martini.	—	
2. Schreibgeld.	Die Gemeindskasse.	—	57	—	—	—	—	—	do.	—	siehe besonderes Verzeichniß über die Abgaben, wofür keine Entschädigung.
3. Beetkorn	Die Gemeindskasse.	67	7	13	4	—	—	Korn.	do.	—	Durchschnittspreis von 1781 bis 1790 = 3 fl. 24 kr., der Geldbetrag also 45 fl. 54 kr. Siehe Gesammtverzeichniß über die gleichen Abgaben, die von mehreren Gemeinden an denselben Bezugsberechtigten geleistet werden.
Wasserfallzins.	Der Müller. N.	—	—	2	7	—	—	Kernen.	do.	—	Der Durchschnittspreis von 1781 bis 1790 ist: 8 fl. 22 kr. Der Geldbetrag also 23 fl. 14 kr
II. Unständige Abgaben.											
5. Rauchhühner.	von jedem Besitzer eines eigenthümlichen Hauses.	12	48	—	—	—	—	—	do.	—	Jeder Hausbesitzer muß jährlich entrichten 12 kr. nach dem Durchschnitt von 1781 — 1790 = 12 fl. 48 kr.

Bemerkung.

Der Geldbetrag von den Natural-Leistungen muß in Col. 7 nach den Durchschnittspreisen aus dem Normal-Decennium angegeben werden.

Unter Bezug auf die anliegende Begründung verzeichnet . . . den . .

*) Hier ist der Name des Bezugsberechtigten einzusetzen.

Die von dem Finanz-Ministerium den Standes- und Grundherren und Corporationen ausgemittelten Entschädigungen für aufgehobene Gefälle, und die Recurse dagegen betreffend.

Nach Artikel 7 der landesherrlichen Verordnung vom 8. Dezember vorigen Jahrs hat das unterzeichnete Ministerium in erster Instanz zu entscheiden, ob eine alte Abgabe aufgehoben werden soll und welche Entschädigung dem Bezugs-Berechtigten deßwegen gebühre, und nach Artikel 9 sind die etwaigen Recurse gegen diese Entscheidungen von der dafür niedergesetzten Großherzoglichen Immediat-Commission definitiv zu erledigen. Eingelangter höchster Entschließung Seiner Königlichen Hoheit (aus Großherzoglichem Staats-Ministerium) vom 16. dieses Monats gemäß ist aber gedachter Großherzoglicher Commission nicht nur in diesen Fällen, sondern auch dann die definitive Entscheidung über Recurse gegen ergangene Finanz-Ministerial-Verfügungen übertragen, wenn sie solche Entschädigungen für Standes- und Grundherrn und Corporationen berühren, die denselben in Folge früherer gesetzlicher Bestimmungen bereits ausgemittelt worden sind, oder noch bestimmt werden.

Dieß wird dem erhaltenen höchsten Auftrag gemäß mit dem Bemerken bekannt gemacht, daß zur Anmeldung und Ausführung dieser Recurse die im Artikel 8 der Verordnung über die Aufhebung der alten Abgaben vorgeschriebenen Fristen genau zu beobachten sind.

Carlsruhe, den 28. Februar 1826.

Finanz-Ministerium.

von Böckh.

Vdt. Schwarz.

Verordnung.

Die Ablösung der Entschädigungen durch Rentenscheine betreffend.

Nach dem Gesetz vom 14. May 1825 Reggsbl. Nro. VIII. hat die Amortisationskasse den Standes- und Grundherrn und Corporationen die ihnen für entzogene Rechte und Gefälle ausgemittelten jährlichen Entschädigungen auf den 1. d. M. durch Rentenscheine, und, soweit es zur Ausgleichung erforderlich ist, durch baare Darlegung des Kapitals abzulösen; wozu auch die Vorbereitungen bereits getroffen wurden.

Im Interesse der Gefällberechtigten und zur Vereinfachung der Geschäfte wäre es zu wünschen gewesen, daß die Ausgleichung mit denselben auf ihre Gesammtforderung durch eine Abrechnung

hätte bewirkt werden können; da aber bis jetzt nur die Liquidation der Entschädigungen für Ohmgeld, Gewerbsrecognitionen, Judenschutz- und Hintersassengelder rc. als vollendet angesehen werden kann, dagegen die Liquidationsverhandlungen wegen Entschädigung für die durch das Gesetz vom 14. May v. J. aufgehobenen alten Abgaben kaum begonnen haben, und die Liquidationsarbeiten der Großherzoglichen Immediat-Commission wegen Erörterung der Entschädigungen für aufgehobene Leibeigenschaftsgefälle noch nicht soweit gediehen sind, daß daraufhin definitive Assignation hätte erfolgen können, auch der Zeitpunkt ihrer Beendigung mit Bestimmtheit noch nicht vorauszusehen ist, so läßt sich jener Zweck nicht wohl erreichen, ohne die Ablösung der bereits liquiden Entschädigungen durch Hinausgabe der Rentenscheine zu lange zu verzögern.

Damit nun dem letzteren vorgebeugt und das Gesetz, so viel thunlich, alsbald in Vollzug gesetzt wird, findet man sich veranlaßt, im Einverständniß mit Großherzoglichem Justizministerium, als Lehenhof, Folgendes zu verfügen:

Die bis zum 1. Juny 1826 liquidirten und angewiesenen jährlichen Entschädigungen betreffend.

1) Die bis zum 1. Juny d. J. assignirten Entschädigungen werden durch Aushändigung von Rentenscheinen auf Inhaber je zu 500 fl. abgelöst, die sich dabei ergebenden Reste werden durch baare Darlegung des 20fachen Betrags berichtigt.

2) Um in den Besitz des Rentenkapitals eingewiesen zu werden, haben die Bezugsberechtigten eine Forderungsliste nach anliegendem Muster aufzustellen, und, dreifach ausgefertigt, unmittelbar bei dem unterzeichneten Ministerium einzureichen.

3) Man wird diese Listen einer Prüfung unterwerfen, und wenn nichts dabei zu erinnern ist, ein Exemplar dem Großherzoglichen Justizministerium mittheilen, das andere aber der Amortisationskasse mit dem Auftrag zugehen lassen, die Ablösung der Entschädigungen zu bewerkstelligen, so wie sie von dem Großherzoglichen Lehenhof Kenntniß erhalten haben wird, welche Renten Gegenstand der Lehensverbindung und welche Allodium sind.

4) Die Rentenscheine werden dem Bezugsberechtigten oder seinem dazu speziell Bevollmächtigten mit dem zur Ausgleichung erforderlichen baaren Geldbetrag dahier, bei der Amortisationskasse ausgehändigt. Gleiches findet auch rücksichtlich der mit Lehenseigenschaft inscribirten Rentenscheine, jedoch mit der Modification statt, daß Reste größerer Summen, welche bei der Theilung mit 25 übrig bleiben, oder wenn sie den Betrag von 25 fl. überhaupt nicht erreichen, mit inscribirten Rentenscheinen zu 100 fl., und nur das Ueberschießende baar berichtigt wird.

Digitized by Google

5) Die Inscription der mit Lehenseigenschaft ausgegeben werdenden Rentenscheine geschieht am Schlusse derselben mit folgenden Worten:

„Dieses Rentenkapital ist als zu dem N. N.'schen Lehen gehörig; ohne Einwilligung „des Großherzoglich Badischen Lehenhofs unveräußerlich und unablösbar;“

und auf den Umschlag:

„Unveräußerliches Lehenkapital.“

Die Inscription der dazu gehörigen Coupons mit folgenden Worten:

„Ist als großherzoglich Badische Lehensrente vor der Verfallzeit unveräußerlich.“

Die nach dem 1. Juny d. J. assignirt werdenden Entschädigungen betreffend.

6) Jede Entschädigung, welche erst nach dem 1. Juny d. J. assignirt wird, hat die Amortisationskasse, nach der ihr für jeden einzelnen Fall zugehenden Weisung, mit Zinsen vom 1. Juny d. J., in oben bemerkter Art sogleich abzulösen.

7) Der Großherzogliche Lehenhof eröffnet der Amortisationskasse, jedesmal vor der Ablösung, welche Entschädigung die Lehensqualität hat; sie verfährt alsdann nach den Bestimmungen unter Nro. 4 und 5.

Carlsruhe, den 16. Juny 1826.

Finanz-Ministerium.

von Böckh.

Vdt. Pfeilsticker.

Digitized by Google

Forderungsliste

des

N. N.

über die ihm bis zum 1. Juni 1826 assignirten, nach Maaßgabe des Gesetzes vom 14. Mai 1825 Regierungsblatt Nro. VIII., durch Ausfolgung von Rentenscheinen und Baarzahlung, im zwanzigfachen Betrag abzulösenden Entschädigungen.

1. Nro.	2. Ort wo das Gefäll bezogen wurde.	3. Benennung des entzogenen Gefälls.	4. Bezeichnung des Beschlusses, durch welchen die Entschädigung angewiesen wurde.	5. Termin bis zu welchem die Entschädigung bezahlt ist.	6. Qualität der Entschädigung.	7. Betrag der jährlichen Entschädigung.		8. Renten-Kapital.		9. Bemerkungen.
						fl.	kr.	fl.	kr.	
1	A . . .	vom Salzverkauf	Fin. Minist. Rescript vom .	1. Mai 1826.	Lehen	20	47	415	40	Ein Bestandtheil des großh. bad. Lehen X.
2	B . . .	vom Ohmgeld	„ „ „ vom .	1. April 1826.	desgleichen	6	3	121	—	Gehört zu dem gr. bad. Lehen Z.
3	B . . .	Judenschutzgeld zur Hälfte	„ „ „ vom .	1. Mai 1826.	Allodium	14	12	284	—	Die andere Hälfte des Judenschutzgeldes hat der Grundherr N. bezogen.
4	B . . .	Hintersaßengeld	„ „ „ vom .	11. Nov. 1825.	ebenso	7	9	143	—	
					Summa	48	11	963	40	

Verzeichnet zu A. . . . . den . . . Juni 1826.

Durch den Entschädigungsberechtigten

N.

Bemerkungen.

1) Wenn das Rescript, wodurch eine Entschädigung assignirt worden, dem Berechtigten nicht bekannt ist, so ist die betreffende Colonne offen zu lassen.

2) Die zwischen mehreren Berechtigten theilbaren Gefälle, wofür sie Entschädigung erhalten haben, sind von jedem derselben nur pro rata seines Antheils in die Col. 7 und 8. aufzunehmen.

3) Bei den mit dem Lehennexus behafteten Gefällen ist in Col. 9. anzuführen: von welchem Lehen sie einen Bestandtheil ausmachen.

Ludwig von Gottes Gnaden,

Großherzog zu Baden, Herzog zu Zähringen, Landgraf zu Nellenburg, Graf zu Salem, Petershausen und Hanau ꝛc. ꝛc.

In der Absicht, die Festsetzung der Entschädigungen für die aufgehobenen persönlichen Leibeigenschaftsgefälle zu beschleunigen, finden Wir Uns gnädigst bewogen zu verordnen, wie folgt:

Art. 1.

Die durch Unsere Verordnung vom 5. August 1824 (Regierungsblatt Nro. **XVII.**) zu Regulirung der Entschädigungen für die aufgehobenen Leibeigenschaftsgefälle niedergesetzte Immediat-Commission ist aufgehoben, und der Art. **XI.** dieser Verordnung, so weit er die Form des Verfahrens betrifft, außer Wirksamkeit gesetzt.

Art. 2.

Die noch unbeendigten Geschäfte sind durch die Stellen und nach den Vorschriften zu erledigen, welche Wir mittelst Unserer Verordnung vom 8. Dezember 1825 (Regierungsblatt Nr. **XXX.**) die Aufhebung der alten Abgaben und die deßwegen zu leistenden Entschädigungen betreffend, geordnet und vorgeschrieben haben. Hieran geschiehet Unser Wille. Gegeben zu Carlsruhe, in Unserem Staats-Ministerium, den 20. September 1827.

Ludwig.

Vdt. von Böckh.

Auf Befehl Seiner Königlichen Hoheit.
Eichrodt.

Wir Ludwig von Gottes Gnaden,

Großherzog zu Baden, Herzog zu Zähringen, Landgraf zu Nellenburg, Graf zu Salem, Petershausen und Hanau ꝛc. ꝛc.

haben mit Zustimmung Unserer getreuen Stände beschlossen, und verordnen wie folgt:

Art. 1.

Die aus der Jagd- und Forsthoheit entsprungenen Abgaben, die Beiträge der Waldeigenthümer zu den Beförsterungs- und Huthkosten, und die Taxen, Sporteln und Stempelgebühren, welche bisher in Jagd- und Forstangelegenheiten von Forststellen erhoben wurden, sind vom

Digitized by Google

1. Juni 1828 an aufgehoben, sie mögen in die Staatskasse oder in die Kassen der Standes- und Grundherren geflossen, von landesfürstlichen oder standes- und grundherrlichen Dienern als Besoldungstheile bezogen worden seyn.

Art. 2.

Die Waldeigenthümer haben für die Huth ihrer Waldungen auf eigene Kosten zu sorgen; die zur Jagd und Forstpolizei Berechtigten sind schuldig, den mit der Ausübung derselben verbundenen Aufwand zu bestreiten; die zur Forstgerichtsbarkeit Berechtigten haben alle mit der Ausübung dieses Rechtes verbundenen Lasten zu tragen.

Art. 3.

Wer zur Ausübung der Forstgerichtsbarkeit berechtigt ist, hat die Forst- und Jagdfrevelstrafen zu beziehen. Alle Vorschriften und Observanzen, nach welchen sie von anderen Personen als den zur Gerichtsbarkeit Berechtigten bezogen werden, sind aufgehoben.

Art. 4.

Als Entschädigung für die Kosten, welche die unmittelbare Beförsterung der Gemeinds- und Körperschaftswaldungen veranlaßt, wird von diesen eine jährliche Steuer von zwanzigtausend Gulden in den Jahren 1828, 1829 und 1830 erhoben, die nach dem Steuerkapital derselben umgelegt und mit der übrigen Staatssteuer eingezogen werden soll.

Art. 5.

Nur von den in der Anlage namentlich erwähnten Geschäften sind die taxordnungsmäßigen Diäten von den Gemeinden und Körperschaften zu bezahlen, deren Waldungen von landesfürstlichen oder von standes- und grundherrlichen Dienern unmittelbar beförstert werden.

Art. 6.

Die Standes- und Grundherrn erhalten für die ihnen durch den Vollzug dieses Gesetzes entgehenden Gefälle, mit Ausnahme der Beiträge zu den Huthkosten der Waldungen, sodann für die rechtmäßigen Bezüge ihrer Forstdiener eine jährliche Entschädigungsrente, die nach einem zehnjährigen Durchschnitt des wirklichen reinen Ertrags der Jahre 1815 bis 1827, wenn vorher der höchste und niederste Jahresbetrag ausgeschieden worden ist, berechnet werden soll.

Die Naturalien, mit Ausnahme des Holzes, werden nach den Steuerperäquationspreisen in Anschlag gebracht.

Die Entschädigungsrente kann von dem Staat gegen Darlegung des zwanzigfachen Betrags zu jeder Zeit abgelöst werden. Die Bezieher können die Ablösung gleichfalls fordern. Von der einen wie von der andern Seite muß eine halbjährige Aufkündigung vorangehen.

Art. 7.

Das Gesetz vom 14. Mai 1825. über die Aufhebung der alten Abgaben ist auch auf diejeni-

Digitized by Google

gen Abgaben anwendbar, welche durch Art. 1. des gegenwärtigen Gesetzes für aufgehoben erklärt werden.

Gegeben zu Carlsruhe, den 14. Mai 1828.

Ludwig.

Vdt. von Böckh.

Auf Befehl Seiner Königlichen Hoheit.
Eichrodt.

Vorschrift:

in welchen Fällen die Forstmeister und Förster für Verrichtungen in Gemeinds- und Körperschaftswaldungen Diäten anzusetzen berechtigt sind.

Die Forstmeister sind zum Diätenbezug ermächtigt:

I. Für folgende gewöhnliche Verrichtungen:

1) von Brandholzanweisungen über 70 Klafter und von Stammholzanweisungen über 2000 Kubikfuß.

2) von Aeckerichsbereutungen, es mag über die Nutzung des Aeckerichs mit Schweinheerden oder durch Sammlung des Saamens Bestimmung getroffen werden.

3) Für die Anwohnung bei Verwerthung des Brand- Nutz- und Bauholzes, wenn dasselbe den unter Ziffer 1. bemerkten Betrag erreicht.

II. Für folgende außergewöhnliche Geschäfte

1) Grenzberichtigungen.

2) Waldtaxationen, Abtheilungen, Loskauf von Dienstbarkeiten.

3) Lokalaugenschein in Fällen, wo die Natur des Waldes verändert werden soll.

4) Augenschein nach eingetretenen nachtheiligen Naturereignissen oder besondern waldverderblichen Unordnungen.

Die Revierförster haben in folgenden Fällen Diäten anzusprechen:

1) Von Brandholzanweisungen über 20 Klafter und von Stammholzanweisungen über 300 Kubikfuß.

2) Für das Abzählen des Brandholzes und das Vermessen des Stammholzes.

3) Für die Anwohnung bei Verwerthung des Brand- Nutz- und Bauholzes, wenn dasselbe den unter Ziffer 1. bemerkten Betrag erreicht.

Digitized by Google

4) Für das Anweisen der Laub= Waid= und Lesholzdistrikte und das Einhängen der in Schonung oder Kultur zu legenden Schläge.

5) Für die Besorgung der genehmigten Kulturen.

6) Im Fall der Anwohnung bei denjenigen Geschäften, für welche der Forstmeister Diäten zu beziehen berechtigt ist.

Wir Ludwig von Gottes Gnaden,

Großherzog zu Baden, Herzog zu Zähringen, Landgraf zu Nellenburg, Graf zu Salem, Petershausen und Hanau ꝛc.

haben mit Zustimmung Unserer getreuen Stände beschlossen, und verordnen wie folgt:

Art. 1.

Diejenigen alten Abgaben, welche die Juden in Folge ihrer Religionseigenschaft gegenwärtig noch entrichten müssen, werden vom ersten Juni 1828 an aufgehoben.

Art. 2.

Die Standes= und Grundherren und die übrigen Bezugsberechtigten erhalten für die durch Art. 1. aufgehobenen Abgaben Entschädigung aus der Staatskasse; ausgenommen sind die Beiträge und Leistungen zur Bezirks=Justiz= und Polizeiverwaltung. Für die Abgaben der Juden an Gemeinden wird keine Entschädigung geleistet, dagegen sind dieselben, vom ersten Juni 1828 an, allen Gemeindslasten in gleichem Maaße, wie die christlichen Gemeindsglieder, unterworfen.

Art. 3.

Die Entschädigung wird in einer jährlichen Rente bestehen, welche dem wirklichen reinen Ertrag gleich kömmt, der sich nach den Rechnungen und andern Urkunden der Bezugsberechtigten, in 10jährigem Durchschnitt von den Jahren 1803 bis 1815, nachdem vorher der höchste und niederste Jahrsbetrag ausgeschieden worden ist, ergeben hat.

Ausnahmsweise können die Standesherren nach den Beträgen, mit welchen die aufgehobenen Abgaben in der Revenüen= und Schuldenabtheilung aufgerechnet worden sind, Entschädigung fordern.

Art. 4.

Die jährliche Rente kann nicht nur von Seiten der Staatskasse gegen Darlegung des zwanzigfachen Betrags abgelöst, sondern auch von den Beziehern derselben die Ablösung nach diesem Fuß

Digitized by Google

verlangt werden, von einer wie von der andern Seite aber nur nach Ablauf einer halbjährigen Aufkündigungsfrist.

Art. 5.

Das Gesetz vom 14. May 1825 über die alten Abgaben ist auch rücksichtlich der alten Abgaben der Juden in allen Fällen anwendbar, für welche durch die vorhergehenden Artikel keine besondere Entscheidungsnormen gegeben sind.

Gegeben zu Carlsruhe, den 14. May 1828.

Ludwig.

Vdt. von Böckh.

Auf Befehl Seiner Königlichen Hoheit.
Eichrodt.

Die Entschädigungen an die Standes- und Grundherrn, wegen erfolgter Aufhebung der von der Jagd und Forsteilichkeit herrührenden Abgaben betreffend.

Zu Sicherung des ordnungsmäßigen Vollzugs des Gesetzes vom 14. May 1828 Regierungsblatt Nro. VII., soweit derselbe die Entschädigungen an die Standes- und Grundherrn wegen erfolgter Aufhebung der von der Jagd und Forsteilichkeit herrührenden Abgaben betrifft, wird verordnet:

1) Die Vorbereitungs- und Entscheidungsformen beim Liquidationsverfahren sind im Allgemeinen dieselben, wie sie die höchste landesherrliche Verordnung vom 8. Dezbr. und die weitere Verordnung vom 13. Dezbr. 1825 Reggsbl. Nro. XXX rücksichtlich der alten durch das Gesetz vom 14. May 1825 aufgehobenen Abgaben bereits festgesetzt haben.

2) Wo für die herkömmlichen Nutzungen von Grundstücken, Allmendtheilen und Gebäuden, ferner für die Berechtigungen zur Mast in Gemeindswaldungen ꝛc. ständige Aversalsummen regulirt sind, bilden diese den Entschädigungsmaasstab, im andern Fall der laufende Pacht- oder Nutzungswerth.

Die Kreisdirektorien ordnen zu dem Ende die Abschätzung durch zwei verpflichtete Ortstaxatoren an, erheben das Steuerkapital des Objekts und begutachten die definitive Festsetzung nach vorheriger Einvernahme des Entschädigungsberechtigten, und der landesfürstlichen Domänenverwaltung

Digitized by Google

oder des Forstamts, je nachdem es sich von Ausmittlung des Pachtwerths von Grundstücken und Gebäuden oder des Nutzungswerths der Mastungsberechtigungen handelt.

3) Für das Bürgergabholz wird, zufolge des ausgedehnteren oder beschränkteren Bezugsrechts der Förster, die Entschädigung nach dem laufenden Preis der entsprechenden Holzgattungen, auf dem Stock, oder aufgemacht im Wald, oder im Wohnort derselben, geleistet.

Das vorgesetzte Forstamt hat das angegebene Bezugsrecht und die Holzpreise zu verifiziren.

Das Gabholz und andere Nutzungen, in deren Genuß die Förster als Ehrenbürger sich befinden, werden von ihnen fortbezogen.

4) Wenn unter den Beförsterungskosten hie und da Beiträge von Gemeinden für die Waldhuth begriffen sind, so müssen sie mit besonderer Sorgfalt ausgeschieden werden, weil dafür gesetzlich keine Entschädigung zu leisten ist.

Läßt sich ihr Betrag mit Bestimmtheit nicht nachweisen, so ist derselbe mittelst Abschätzung durch Sachverständige zu erheben und von der ganzen Beitragssumme abzuziehen.

5) Leistungen, welche in den Entlastungsgesuchen vorkommen und ganz unzweifelhaft auf privatrechtlichen Titeln beruhen, sind in denselben als solche zu bezeichnen und vor Einsendung der Liquidationsverhandlungen von den Kreisdirektorien nach ihrem Ermessen mit Vorbehalt der Berufung an die höhere Behörde, zurückzuweisen.

6) Von jenen Jagd- und Forsteilichkeitsabgaben, deren Aufhebung erst nach Umlauf der im Gesetz vom 14. May 1825, Art. 6 anberaumten Frist durch die Abgabenpflichtigen betrieben wird, haben dieselben keinen Rückersatz zu erwarten.

7) Sämmtlichen Entschädigungsberechtigten wird unter Bezug auf den Art. 6 des obenbemerkten Gesetzes zur Kenntniß gebracht, daß am 1. Juny 1829 die Ablösung der jährlichen Entschädigungsrente gegen Darlegung des zwanzigfachen Betrags derselben erfolgen werde.

Carlsruhe, den 6. Juny 1828.

Finanz-Ministerium.
von Böckh.

Vdt. Pfeilsticker.

Die Liquidation der Entschädigungen für entzogene Jagd- und Forstfrevelstrafen betreffend.

Da die Verordnung vom 6. d. M. über den Vollzug des Gesetzes vom 14. May 1828 G. Nr. VII. wegen Entschädigung der Standes- und Grundherren für die von der Jagd- und Forsthoheit

Digitized by Google

herrührenden Abgaben, rücksichtlich jener Entschädigungen, welche einige zur Ausübung der Jagd- und Forstpolizei und nicht zugleich auch zur Ausübung der Forstgerichtsbarkeit berechtigten Standesherren, und die sämmtlichen Grundherren des Großherzogthums für die ihnen durch Art. 3. des obenbemerkten Gesetzes entzogenen Forst- und Jagdfrevelstrafen von ihren eigenthümlichen und von Gemeindswaldungen, nach dem bisherigen Besitzstande, anzusprechen haben, keine Bestimmungen enthält, weil es angemessen gefunden wurde, hierüber ein separates Liquidationsverfahren eintreten zu lassen, so wird zu diesem Zweck andurch verordnet:

1) Die in Frage stehenden Standes- und Grundherren liquidiren ihre deßfallsigen Entschädigungsansprüche auf den Grund ihrer Gefällrechnungen von 1815 — 1827.

Es kommen hierbei in Ansatz:

Die Beträge der im Laufe der Durchschnittsperiode baar eingegangenen Strafgefälle, mit Einschluß der an ihre Forstdiener erweislich ausgefolgten Anzeigsgebühren oder Strafantheile und der Werth, der durch Waldarbeit abverdienten Strafen der Jagd- und Forstfrevler.

Nicht in Betracht kommen die unbeibringlichen Strafposten.

2) Der Werth der Waldarbeiten wird ausgemittelt durch die urkundliche Nachweisung der Zahl der Tage, in welchen die Strafe durch Arbeit abverdient wurde, unter Zugrundlegung des ortsüblichen Arbeitslohnes (Taglohns).

3) Von der hiernach ausgemittelten Entschädigungssumme werden die mit Ausübung der Forstgerichtsbarkeit verbunden gewesenen Lasten (Thätigungskosten) in Abzug gebracht. Der Rest derselben, nach Ausscheidung des höchsten und niedersten Jahresbetrags, getheilt durch 10, bildet die jährliche Entschädigungsrente, welche, nach Maasgabe der Bestimmung vom 6. d. M. Satz 7 auf den 1. Juny 1829 ebenfalls abgelöst wird.

4) Die Kreisdirektorien werden die Rechnungsauszüge mit den Originalrechnungen vergleichen lassen, und erstere, auf erstatteten schriftlichen Vortrag, und eingetretene collegialische Berathung, mit den weiter vorhandenen Urkunden, zur Schlußfassung hierher vorlegen.

Dabei wird noch angefügt:

5) daß alle Forstfrevelstrafen, welche nach dem 1. Juny d. J. angesetzt worden sind, oder noch angesetzt werden, dem zur Forstgerichtsbarkeit Berechtigten zufallen, der sie thätigen läßt.

Die vor dieser Zeit angesetzten gehören noch Denjenigen, die sie bisher observanzmäßig bezogen haben.

Carlsruhe, den 7. Juny 1828.

Finanz-Ministerium.

von Böckh.

Vdt. Pfeilsticker.

Digitized by Google

Die Aufhebung der alten Juden-Abgaben betreffend.

Zum Vollzug des Art. 2 des Gesetzes vom 14. May 1828 S. Nro. XIV., die Aufhebung der alten Judenabgaben betreffend, wird, insoweit dieser Artikel den Wirkungskreis des Finanzministeriums berührt, hiermit verordnet:

Dasselbe Verfahren, welches die höchste landesherrliche Verordnung vom 8. Dezember 1825 und die weitere Vollzugsverordnung vom 13. desselben Monats Reg. Blatt Nro. XXX. wegen den durch das Gesetz vom 14. Mai 1825 aufgehobenen alten Abgaben vorschreibt, findet auch hier seine Anwendung, nur mit der einzigen Modifikation, daß das im §. 5. der Verordnung vom 13. Dezember 1825 vorgezeichnete Separatverfahren unterbleibt.

Zugleich wird sämmtlichen Entschädigungsberechtigten unter Bezug auf den Artikel 4. des obenbemerkten Gesetzes zur Kenntniß gebracht, daß am 1. Juni 1829 die Ablösung der jährlichen Entschädigungsrente gegen Darlegung des 20fachen Betrags derselben erfolgen werde.

Carlsruhe, den 17. Mai 1828.

Finanz-Ministerium.
von. Böckh.

Vdt. Pfeilsticker.

Die Bestimmung des Anfangstermins der Entschädigungen für aufgehobene Leibeigenschaftsgefälle betreffend.

Der Art. IX. der landesherrlichen Verordnung vom 5. August 1824 über die Regulirung der Entschädigungen für aufgehobene Leibeigenschaftsgefälle, besagend:

„Der Tag, von welchem an die Entschädigung zu berechnen ist, ist der Tag, wo eine Leibeigenschaftspräſtation nach dem 5. October 1820 fällig war, aber wegen des Gesetzes von demselben Tag nicht mehr geleistet wurde,“

ist durch allerhöchste Entschließung Seiner Königlichen Hoheit aus Großherzoglichem Staatsministerium vom 12. November d. J. Nro. 1553 dahin modificirt worden:

„daß die Entschädigungen für die durch das Gesetz vom 5. October 1820. aufgehobene Leibeigenschaftsabgaben, welche nicht jedes Jahr, sondern nur mit dem Eintritt eines besondern Ereignisses fällig werden, mit dem Tag des vorgedachten Gesetzes, nemlich dem 5. October 1820 anzufangen haben.“

Indem man alle jene entschädigungsberechtigten Standes- und Grundherren und Corporationen, welche von einem spätern als dem oben festgesetzten Termin an in den Bezug der fraglichen Gefällentschädigung eingetreten sind, auf diese abändernde höchste Anordnung aufmerksam macht, überläßt man denselben, ihre nachträgliche Entschädigungsansprüche geltend zu machen, resp. die diesfallsigen Reclamationen durch die betreffenden Kreisdirectorien bei dem unterzeichneten Ministerium einreichen zu lassen.

Carlsruhe, den 28. November 1829.

Finanz-Ministerium.
von Böckh.

Vdt. Pfeilsticker.

Digitized by Google

Leopold von Gottes Gnaden,

Großherzog von Baden, Herzog von Zähringen.

Mit Zustimmung Unserer getreuen Stände haben Wir beschlossen und verordnen, wie folgt:

§. 1.

Die in Gemäßheit der Gesetze vom 5. Oktober 1820 und vom 14. Mai 1828 zur Aufhebung gegen Entschädigung aus der Staatskasse geeigneten Abgaben, welche aus der Leibeigenschaft, oder aus der Jagd- und Forsthoheit entsprungen sind, oder welche die Juden in Folge ihrer Religionseigenschaft entrichten, sind, wenn die Entlastungsgesuche nicht binnen einem Jahr von Verkündung dieses Gesetzes bei dem betreffenden Amt oder der betreffenden Kreisregierung übergeben werden, bei späterer Anmeldung nur von dem, der Einreichung des Entlastungsgesuchs unmittelbar vorhergehenden Verfalltermin an für aufgehoben zu erklären, und die Berechtigten aus der Staatskasse zu entschädigen; wie solches hinsichtlich der durch das Gesetz vom 14. Mai 1825 aufgehobenen alten Abgaben durch Art. 6 desselben Gesetzes angeordnet ist.

§. 2.

Die Berechtigten, welche für, durch die Gesetze vom 5. Oktober 1820, 14. Mai 1825 und 14. Mai 1828 bereits aufgehobene und in Folge dieser Aufhebung nicht mehr entrichtete, oder für andere ihnen früher entzogene Gefälle Entschädigung aus der Staatskasse anzusprechen haben, erhalten solche, wenn sie ihre Entschädigungsgesuche nicht binnen einem Jahre, von Verkündung dieses Gesetzes an, der Kreisregierung übergeben, nur vom Tage der spätern Einreichung des Entschädigungsgesuchs an.

§. 3.

Die Regierung wird für die geeignete Verkündung dieses Gesetzes und für die Belehrung der Pflichtigen in allen Gemeinden Sorge tragen, ohne daß jedoch die Anwendbarkeit des gegenwärtigen Gesetzes hierdurch bedingt wäre.

Gegeben zu Carlsruhe in Unserem Staats-Ministerium, den 3. August 1837.

Leopold.

von Böckh.

Auf höchsten Befehl Seiner Königlichen Hoheit des Großherzogs:
Büchler.

Digitized by Google

Urkundliche

PARSONS LIBRARY
University of
MICHIGAN

Darlegung der besondren Successionsrechte

des

Herzogl. Schleswig-Holstein-Sonderburgischen Hauses

auf

den vormals Gottorfischen Antheil des Herzogthums Holstein.

13

58, 10

Digitized by Google

Digitized by Google

Inhalt.

Digitized by Google

Digitized by Google

§. 1.

Einleitung.

Das den Herzogen des Schleswig-Holstein-Sonderburgischen Hauses, aus welchem die Augustenburgische als die ältere, die Beck-Glücksburgische als die jüngere Linie bestehen, auf den vormals Gottorfischen oder Großfürstlichen Antheil von Holstein zuständige Erbrecht, womit das besondere Successionsrecht auf das jetzige Großherzogthum Oldenburg in historischem Zusammenhange steht, ist zwar eine von jeher bekannte und allseitig anerkannte Thatsache. Es ist dieses agnatische Erbfolgerecht durch eine lange Reihe der bündigsten Verträge in dem Durchlauchtigsten Oldenburgischen Gesammthause gesichert und gewährleistet. Es bildet dieses Rechtsverhältniß einen wichtigen Bestandtheil der Oldenburgischen wie der Schleswig-Holsteinischen Regenten- und Landesgeschichte. Die Literatur sowohl über die Specialgeschichte von Oldenburg und von Schleswig-Holstein, als auch über die Schleswig-Holsteinische Thronfolge giebt hierüber bereits dem Sachverständigen genügende Auskunft. Wir wollen in dieser Beziehung nur auf v. Halem's Geschichte des Herzogthums Oldenburg und Hegewisch's Geschichte der Herzogthümer Schleswig und Holstein unter dem Oldenburgischen Hause, so wie auf Sammer über die Staatserbfolge der Herzogthümer Schleswig-Holstein und Michelsen's polemische Erörterungen über die Schleswig-Holsteinische Staatssuccession hier verwiesen haben. Aber was in der bezüglichen historischen und publicistischen Literatur bisher immer nur als gelegentliche Parthie vorkam, das soll in gegenwärtiger Denkschrift als eignes Thema für sich staatsrechtlich aufgefaßt und mit Urkunden dergestalt belegt werden, daß jeder Urtheilsfähige über den Rechtsbestand der betreffenden Successions-Verhältnisse eine begründete Ansicht sich selbst zu bilden in den Stand gesetzt werde.

§. 2.

Hauptdata aus der Geschichte des Oldenburgischen Erbfolgestreits.

Schon vor der Zeit Herzog Heinrich's des Löwen, des Erbauers der Feste Oldenburg, herrschte mit Grafengewalt in jenem Gebiete an der Weser das edle Geschlecht, welches von Elimar I. abstammt, und in Folge jener politischen Katastrophe, welche die Auflösung des

Digitized by Google

Herzogthums in Engern und Westphalen herbeiführte, nahmen die Grafen von Oldenburg und Delmenhorst die Stellung der Reichsunmittelbarkeit ein. Aber sie hielten sich, wie andere norddeutsche Territorialherren, in den folgenden Jahrhunderten von Kaiser und Reich sehr zurückgezogen. Am Schlusse des Mittelalters findet man daher auch das Lehnsverhältniß der beiden Reichsgrafschaften ganz verdunkelt, bis Kaiser Karl V. dasselbe in neuer Ordnung restaurirte und es seitdem nach festerer Regel im Reiche gehandhabt wurde. Wie für das Herzogthum Holstein im Jahre 1548, so ist für Oldenburg im Jahre 1531 die erste Thronbelehnung erfolgt und der für die Zukunft maaßgebende Lehnbrief vom Kaiser ertheilt worden.

In diesem Kaiserlichen Lehnbriefe [1]) vom 1. April 1531 wurden die Grafschaften Oldenburg und Delmenhorst dem Grafen Anton und seinen männlichen Leibeserben, wie seinen Brüdern und ihren Lehnserben vom Reiche verliehen, und zwar der Form nach als neues Lehn. Letzteres konnte aber das feudale Erbfolgerecht der Agnaten gefährden, und wir finden daher, daß diese bald darauf bei Kaiser und Reich um Mitbelehnung und Anwartschaftsrecht sich bewerben.

Das Regentenhaus von Oldenburg und Delmenhorst war die jüngere, das von Dänemark und Schleswig-Holstein die ältere Hauptlinie des Oldenburgischen Grafenstammes [2]). Beide hatten den Grafen Dietrich den Glücklichen (gest. 1440) zum gemeinschaftlichen Stammvater. Diese stammte von dem ältesten Sohne Dietrich's ab, von Christian I., der 1448 den dänischen Königsthron bestiegen und 1460 durch Wahl der Stände die Landeshoheit über Schleswig-Holstein erworben hatte. Jene hatte den jüngsten Sohn Dietrich's, den Grafen Gerhard, zum Ahnherrn.

Es ist geschichtlich bekannt [3]), daß wenigstens schon im Jahre 1566 die Schleswig-Holsteinischen Landesherren, König Friedrich II., Herzog Johann der Aeltere zu Hadersleben und Herzog Adolf von Gottorf, um die Mitbelehnung und die Lehnsanwartschaft auf die Grafschaften Oldenburg und Delmenhorst sammt der Vogtei Harpstedt auf dem Reichstage zu Augsburg anhielten, und daß sie bei dem Reichstage zu Speier 1570 dieses Ansuchen erneuerten. Nach einigen Vorverhandlungen ertheilte ihnen als Agnaten Kaiser Maximilian II. unter dem 4. November 1570 den Exspectanzbrief, der unter Anderm dahin lautete:

„Da Graf Anton und seine Söhne über kurz oder lang ohne Leibes-Lehnserben mit Tode abgehen, auch also, außer Ihr Liebden [der Exspectivirten] habenden jure agnationis, Uns und dem Reiche durch solchen ihren tödtlichen Abgang berührte Grafschaften ledig und heimfallen

---

[1]) Die Urkunde ist abgedruckt in Lünig's Reichs-Archiv und anderwärts. Man sehe die näheren Nachweisungen hierüber in v. Halem's Gesch. des Herzogthums Oldenburg, II. S. 11.

[2]) Man sehe die angehängte Stammtafel I.

[3]) Vgl. v. Halem's Geschichte von Oldenburg, II. S. 121 u. f.

Digitized by Google

würden, daß Wir alsdann dieselben Grafschaften Oldenburg und Delmenhorst mit allen ihren Herrschaften, Herrlichkeiten, Obrigkeiten, Lehnschaften, Schlössern, Märkten, Flecken, Dörfern, und mit Namen dem Stadlande, Butjadinger-Lande und andern wo und an welchem Ort die gelegen seyn und wie sie benannt seyn mögen, mit deren hohen und niedern Gerichten und dem Bann über das Blut zu richten, Wildbahnen, Weiden, Wasserströmen, Wieden, Renten, Zinsen, Gülten, Zöllen, Nutzungen, und allen andern Einkommen, Gefällen und Zugehörungen, wo und an welchem Ort die gelegen sind, auch wie sie benannt werden mögen, und gemeldter Graf Anthoni jetzo inne hat, so viel dessen von Uns und dem h. Reich zu Lehen rühret, oftgedachten Unserm besondern und lieben Freund, Oheimen und Fürsten, dem König zu Dänemark, und beiden Herzögen zu Holstein und Ihrer Liebden Leibes-Lehnserben, nehmlich diejenige aus Ihr Liebden oder derselben Leibes-Lehnserben so der Sippschaft halber im nächsten Grad oder im gleichen Grad der älteste seyn wird, auch sonst niemand anders freundlich und gnädiglich reichen, leihen und zustellen und Ihre Liebden damit belehnen, auch alsdann nothdürftigen Lehenbrief darüber fertigen sollen und wollen, doch dem Eigenthumserben an der fahrenden Habe und andern eigenthümlichen Gütern unvorgreifentlich u. s. w."

Gegen die in diesem Exspectanzbriefe getroffene Anordnung der Succession nach der Nähe des Grades und bei gleichem Grade nach dem höheren Lebensalter erhob zwar König Friedrich II. Widerspruch, erhielt jedoch auf seine Vorstellung und Bitte um Abänderung unter dem 20. Aug. 1582 vom Kaiser einen abschlägigen Bescheid.

Herzog Johann der Jüngere, der Stifter des Special-Hauses Sonderburg, jüngerer Sohn König Christian's III., war zuerst zur Theilnahme an dem Gesuche um die Oldenburgische Mitbelehnung und Anwartschaft nicht aufgefordert worden. Seine Nichtaufnahme in die ertheilte Exspectanz mußte natürlich als für ihn und seine Nachkommen präjudicirlich angesehen werden. Er trat deshalb, wie Archivacten lehren, mit seinem Bruder, dem Könige Friedrich II., in Correspondenz, und von Königlicher Seite wurden keine Einwendungen gemacht, im Gegentheil die Gesandten zum Reichstage demgemäß instruirt. Allein dessen ungeachtet wurde die Extension der Exspectanz auf den Herzog vor der Hand nicht erreicht, weil von Gottorfischer Seite dawider Protest erhoben war. Es entspann sich hierüber unter den betheiligten Fürsten und mit dem Kaiser eine längere Verhandlung, die zum Theil unter den Fürsten einen sehr gereizten Ton annahm. Herzog Johann von Sonderburg gründete seine Deductionen darauf, daß die Grafschaften Oldenburg und Delmenhorst bona avita und alte Stammlehen wären, daher er zur Exspectanz mit zugelassen werden müsse, und der Kaiser erließ in diesem Sinne unter dem 12. Mai 1595 ein scharfes Mandat an den Herzog von Gottorf, mit der Androhung, daß er innerhalb dreier Monate für Herzog Johann rechtliche Gebühr in dieser Sache verfügen werde. Allein dennoch gelang es dem Gottorfischen Hofe, durch allerlei Weiterungen und Einwände

Digitized by Google

die Sache so sehr in die Länge zu ziehen, daß noch mehrere Decennien verliefen, bevor die Sonderburgische Linie, wie es sich gebührte, in diese Lehnsexspectanz förmlich aufgenommen ward. Es geschah dieses erst im Jahre 1638, jedoch mit der hinzugefügten Clausel, „daß die Herzoge Sonderburgischer Linie, so lange jemand von den Herzogen Gottorfischer Linie im Leben wäre, sich solcher Exspectanz und Anwartung keinesweges anmaßen, sondern bis zu deren gänzlichen Abgange in Ruhe und Geduld stehen sollten". Gegen diesen von Gottorf prätendirten Vorzug in der Successionsordnung remonstrirte das Sonderburgische Haus sofort und bat, unter Zugrundelegung einer bezüglichen Stammtafel, um neue Ausfertigung des Diploms mit Auslassung solcher präjudicirlichen Clausel. Der Kaiser resolvirte hierauf unter dem 1. April 1642: „Wann Wir dann die von d. Ld. fürgebrachte Umstände und Motiven für ganz erheblich, auch dannenhero für billig befunden, daß d. Ld. für sich und obbenannte Dero Gebrüder und Vettern vorgedachte Confirmation der Oldenburgischen Exspectanz auf Maß und Weise, wie gegen obbesagtes Königs Ld. und der Fürstl. Holsteinischen Gottorfischen Linie geschehen, ohne Anhang ertheilet und ausgefertiget werde: Als haben Wir derowegen, auf nunmehr eingelangten bessern Bericht der Sachen, angeregte Confirmation, mit Auslassung obgehörter wegen der Gottorfischen Linie Vorzugs eingerückter Clausul, allergnädigst umzufertigen anbefohlen." Demgemäß wurde unter demselben Datum der umgeschriebene Kaiserliche Exspectanzbrief, so daß derselbe die Nachfolge in die Oldenburgischen Grafschaften einfach nach der Nähe des Grades und bei gleichem Grad mit Vorzug des Aeltesten zusicherte, dem Herzoge Joachim Ernst zu Plön für sich und seine Brüder und Vettern, namentlich Herzog Friedrich zu Norburg und Philipp zu Glücksburg, gleichwie für die Söhne ihres verstorbenen ältesten Bruders, Herzogs Alexander zu Sonderburg, Herzog Johann Christian, Alexander Heinrich, Ernst Günther, Georg Friedrich, August und Ludwig Philipp, alle Herzoge Sonderburgischer Linie, von Kaiser Ferdinand III. ausgestellt. Zu dieser Zeit war aber der gräflich Oldenburgische Mannsstamm bis auf den Grafen Anton Günther zu Oldenburg und den Grafen Christian IX. zu Delmenhorst ausgestorben, und letzterer starb unerwartet am 23. Mai 1647, worauf Anton Günther ihm in der Grafschaft nachfolgte. Eine Renovation dieser Oldenburgischen Exspectanz wurde aber noch am 31. October 1664 dem Sonderburgischen Hause von Kaiser Leopold ertheilt, zu einer Zeit, da in dem gesammten Schleswig-Holsteinischen Fürstenhause der Herzog von Sonderburg-Plön dem Grafen Anton Günther von Oldenburg der Sippschaft halber im Grade der Nächste und zugleich der Aelteste war.

Allein solcher Sachlage ungeachtet oder vielmehr, weil die Dinge so lagen, waren der König von Dänemark und der Herzog von Gottorf durch einen Vergleich vom 27. October 1646 dahin übereingekommen, daß bei der Succession in Oldenburg und Delmenhorst Grad oder Alter in ihren Linien keinen Vorzug geben, vielmehr unter ihnen, als den beiden Haupt-

Digitized by Google

linien des Schleswig=Holsteinischen Fürstenhauses, eine gleiche Theilung jener beiden Reichsgrafschaften eintreten, das Haus Sonderburg dagegen als Nebenlinie des Königshauses behandelt und als solche von der Oldenburgischen Erbfolge ganz ausgeschlossen werden sollte, und im Jahre 1648 erneuerten sie diese Uebereinkunft [4]). Darneben traten sie wegen der künftigen Erbfolge in Oldenburg mit dem Grafen Anton Günther in Unterhandlung, um sich die alleinige Succession, mit Ausschließung des Sonderburgischen Hauses, zu verschaffen; wobei sie den großen Eifer des Grafen, seinen testamentarischen Allodialerben so viel irgend möglich zuzuwenden, sehr schlau sich zu Nutzen zu machen suchten. Denn der Graf Anton Günther lebte mit seiner Gemahlin Sophia Katharina, einer gebornen Prinzessin von Schleswig=Holstein=Sonderburg, in kinderloser Ehe und hatte keine Hoffnung mehr, eheliche Leibeserben zu bekommen. Er war daher mit der Sonderung des Lehns vom Allode lebhaft beschäftigt und wollte seinen Allodialerben ansehnliche Besitzungen sichern, weshalb er damit umging, durch feste Verträge in dieser Beziehung allen Irrungen bei der Erbfolge vorzubeugen. Seine Allodialerben waren seine Schwester Magdalena, vermählt an den Fürsten von Anhalt=Zerbst, und deren Sohn, der Fürst Johann, so wie sein unehelicher, vom Kaiser legitimirter Sohn, der Baron und nachherige Reichsgraf Anton von Aldenburg. Er wollte also sich hierüber mit den Agnaten als den künftigen Lehnsfolgern verständigen und vereinbaren; was aber, wegen der Unentschiedenheit der künftigen Lehensfolge, große Schwierigkeiten hatte. Es fragte sich, ob man mit der Königl. Dänischen und der Gottorfischen Linie, die in dieser Sache jetzt zusammenhielten, oder ob man mit der Sonderburgischen Linie sich am sichersten darauf einlassen könne. Der Graf entschied sich, gegen die Stimmenmehrheit seiner Räthe, welche auf das nähere Successionsrecht der Sonderburgischen Linie, zunächst des Herzogs Joachim Ernst zu Sonderburg=Plön, besonderes Gewicht legten, für die Unterhandlung mit Dänemark und Gottorf. Er hielt dies für rathsamer, theils wegen der größeren Macht dieser gegen die Sonderburgische Linie verbündeten Höfe, welche Macht die Erfüllung und Ausführung der zu Stande gebrachten Verträge mehr zu verbürgen schien, theils weil der König Friedrich III. und der Herzog Christian Albrecht kein so großes Vertrauen in die Rechtmäßigkeit ihrer Ansprüche auf die Nachfolge in Oldenburg setzten, als der Herzog Joachim Ernst zu Plön, weshalb bei jenen größere Bereitwilligkeit zu Aufopferungen zu Gunsten der Allodialerben sich fand. Es traten demnach Königliche und Herzogliche mit Gräflich Oldenburgischen Commissarien zur Verhandlung zusammen, zuerst in Uetersen, hernach in Rendsburg, und hier kam am 16. April 1649 der Rendsburger Vergleich [5]) zum Abschlusse. Es wurde darin dem alten Grafen eine reichliche Vermehrung des Allodial-

---

[4]) Lünig ebendas. S. 277, 202; v. Halem's Gesch. II. S. 407.

[5]) Lünig R. A. S. 317; v. Halem's Gesch. II. S. 400.

Digitized by Google

nachlasses zugestanden und ihm zur freien Disposition überlassen. Der Vergleich enthält detaillirte Stipulationen über alles Einzelne, was den Allodialerben des Grafen zugewendet werden sollte, und andrerseits wird die Succession in das Lehn regulirt. Es wurden von Anton Günther, auf den Fall er ohne männliche Leibes-Lehnserben mit Tode abginge, der König und der Herzog zusammen für seine Lehnsfolger anerkannt, mit der ausdrücklichen Nebenbestimmung, daß künftig ohne ihre Bewilligung vom Lehn und dessen Pertinenzen nichts sollte veräußert werden dürfen. Der König und der Herzog versprachen, dem Grafen und dessen Allodialerben gegen die Ansprüche der anderen Schleswig-Holsteinischen Linien die Gewähr zu leisten; wogegen der Graf es sogar geschehen ließ, daß zu mehrerer Versicherung der von ihm anerkannten Lehnserben die Commandanten der Festungen Oldenburg, Delmenhorst und Apen, sowie der Ellenserdammer Schanze in der Stille in des Königs und des Herzogs Dienstpflicht traten. Darauf kam es auch, nach längeren Unterhandlungen, an denen des Königs und des Herzogs Commissarien Theil nahmen, mit dem Herzoglich Braunschweig-Lüneburgischen Hause zu einer Ausgleichung der streitigen Lehensverhältnisse des Stad- und Butjadingerlandes. Der Vergleich wurde geschlossen zu Hamburg am 19. März 1653; wonach der König und der Herzog für sich und ihre männlichen Leibes-Lehnserben in absteigender Linie nach Anton Günthers Ableben von den Herzogen zu Braunschweig-Lüneburg das ganze Stad- und Butjadingerland zu Lehn nehmen sollten. Hierauf ward auch noch in demselben Jahre mit genauer Sonderung des Lehns vom Allode durch eine weitere Commission verfahren, und darüber zwischen dem Könige und dem Herzoge einerseits und dem Grafen Anton Günther andererseits am 1. Juli 1653 der Oldenburgische Separations-Receß abgeschlossen, der den Rendsburgischen Vertrag von 1649 zu Grunde legte und erläuterte. Für beide Verträge wurde unter dem 21. August 1653 die Kaiserliche Confirmation erlangt.

Auf solche Vorgänge fußend, errichtete Anton Günther unter dem 23. April 1663 sein Testament, welchs hinsichtlich der Lehnsfolge nur bestätigte, was durch jene Verträge*) bestimmt worden war. Und bald nachher entschloß sich der Graf, auf Anhalten solcher seiner Lehnsnachfolger, vermöge eines am 29. Juli zu Kiel errichteten Recesses, zur Sicherung jener Tractaten, noch bei seinen Lebzeiten die Grafschaften Oldenburg und Delmenhorst mit Zubehör diesen Lehnserben zu übergeben, jedoch mit der Anordnung, daß sein legitimirter Sohn, der Graf Anton von Aldenburg, künftig dort als Königlicher und Herzoglich Gottorfischer Statthalter fungiren

*) Die Urschriften dieser Verträge finden sich im Landesarchive zu Oldenburg. Man vergl. v. Halem's Geschichte II. S. 408 ff. Sie sind schon in Lünig's Reichs-Archiv abgedruckt worden, und auch in dem Urkunden-Anhange zum dritten Bande der von Halem'schen Geschichte findet man die wichtigsten wieder abgedruckt.

Digitized by Google

sollte. Die Uebertragung geschah demnächst zu Rastedt am 1. October 1664 in Gegenwart der Königlichen und Herzoglichen Bevollmächtigten [7]).

So standen die Sachen, als Graf Anton Günther am 19. Juni 1667 starb, und mit ihm seine in Oldenburg-Delmenhorst regierende Linie im Mannsstamme erloschen. König Friedrich III. und Herzog Christian Albrecht von Gottorf hatten sich damals schon vor drei Jahren, zufolge des Kieler Recesses, vorläufig in Besitz der Grafschaften gesetzt, und der Graf Anton von Aldenburg war dort ihr Statthalter. Bei dem Ableben des Grafen Anton Günther, der nach dem Kieler Receß, mit Vorbehalt des lebenswierigen Genusses aller Einkünfte des Landes, während seiner letzten Lebensjahre im Namen des Königs und des Herzogs und deren Leibeslehnserben die Regierung geführt hatte, erfolgte für sie die förmliche Besitzergreifung und die allgemeine Landeshuldigung [8]).

Dagegen wurde von Herzog Joachim Ernst zu Sonderburg-Plön, als dem nach dem Agnationsrechte und nach der Anwartschaft zur Nachfolge zunächst Berechtigten, wider solche Besitznahme und Huldigung feierlich Protest erhoben, und alsbald auch, in eignem Namen und Namens seiner Vettern Sonderburgischer Linie der Rechtsweg betreten, um gerichtlich seine wohlbegründeten und klaren Ansprüche geltend zu machen. Er hat darauf den vielbesprochenen Proceß [9]) über die Oldenburgische Succession vor dem Reichshofrathe geführt für sich und in Vollmacht seiner Stammesvettern vom Sonderburgischen Hause, die auch an der Bestreitung der erheblichen gerichtlichen und aussergerichtlichen Kosten des langwierigen Rechtsstreits stets verhältnißmäßigen Antheil nahmen; worüber uns zahlreiche originale Actenstücke und Abrechnungen vor Augen liegen [10]).

Die betreffenden, aus einem Archive des Sonderburgischen Hauses uns vorgelegten Acten und Literalien, vornemlich dem Zeitraume von 1638 bis 1681 angehörend, sind ganz geeignet, selbst bei oberflächlicher Durchsicht, eine Anschauung zu gewähren von den zahllosen Ausflüchten und Weiterungen, vor Gericht und ausserhalb desselben angebracht, wodurch man auf Seiten der

---

7) Das darüber aufgenommene Notariat-Instrument ist schon mehrmals gedruckt. Siehe v. Halem's Geschichte S 433.

8) Ueber den gleichzeitigen Bericht, das Protokoll und die Urkunde von dieser Erbhuldigung siehe Winkelmann's Chronik von Oldenburg, S. 547, von Halem's Geschichte III. S. 5.

9) Ein Verzeichniß und den Titel von zehn in dieser Erbfolgefrage gleichzeitig im Druck erschienenen Streitschriften giebt von Halem's Geschichte III. S. 12—14. Es kann dieses Verzeichniß aus den Archiven aber leicht vervollständigt werden.

10) Es wurde auch auf diesen Anlaß im Januar 1668 über das Gemeinschaftliche Archiv des Sonderburgischen Hauses, welches sich damals in Sonderburg befand, durch einen Secretär des Herzogs von Plön und des Herzogs von Glücksburg ein Inventar errichtet und mit Rücksicht auf die in Sonderburg obwaltenden Verhältnisse die wichtigsten Documente nach Glücksburg gebracht. Auch dieses wurde von den Herzogen auf gemeinschaftliche Kosten beschafft, im Interesse des gesammten Hauses.

Digitized by Google

Gegner dem Sonderburgischen Hause sein Recht auf Succession in die Grafschaften Oldenburg und Delmenhorst zu bestreiten und zu entziehen und den Proceß auf jegliche Art in die Länge zu ziehen bemüht war. Die Führung und Förderung des Processes war auf Herzoglich Sonderburgischer Seite hauptsächlich dem Geheimrath Gensch [11]) anvertraut, der das mühevolle Geschäft mit unermüdlichem Eifer geführt und glücklich zur Endschaft gebracht hat. Neben den Acten, die eine große Zahl von starken Fascikeln ausmachen, liegen die Relationen der Herzoglich Sonderburgischen Abgeordneten und Bevollmächtigten aus Wien, Regensburg und anderen Orten, so wie die mit ihnen und Anderen geführten Correspondenzen; sie können wesentlich dazu dienen, die einzelnen Vorgänge und die chikanösen Versuche, das Recht des Sonderburgischen Hauses zu verkümmern, gehörig in's Licht zu setzen. Aber alle diese Chikanen und Intriguen, welche actenmäßig nachzuweisen und aufzudecken hier überflüssig erscheint, sind am Ende doch fruchtlos geblieben.

Das bei dem Ableben Anton Günther's durch den Grafen von Aldenburg als Statthalter publicirte Patent hatte zwar dem Oldenburgischen Volke den König von Dänemark und den Herzog von Gottorf als unstreitige Lehnsfolger verkündet. Allein wie sehr diese Lehnsfolge bestritten war, das wußte der Eingeweihte schon längst. Denn bereits im Jahre 1656 war für das Sonderburgische Haus eine Klagschrift beim Reichshofrathe eingegeben worden, die auf Cassation des Rendsburgischen Successionsvergleichs von 1649 gerichtet war. Und als man bei der Thronbesteigung Kaiser Leopold's I. abseiten Dänemarks und Gottorfs den Rendsburgischen Vergleich zur Confirmation bei Kaiser und Reich einreichte, fand dieses Gesuch kein Gehör. Der Königliche Gesandte, der dies vorhergesehen hatte, sagt in seinem Berichte unter andern von dem Gottorfischen Gesandten, er habe „dem lieben Gott gedanket, daß er nur sein Document wieder zurückbekommen" [12]). Auch waren bereits im Jahre 1665 von Königlicher Seite Vergleichsverhandlungen wegen der Oldenburgischen Succession mit der Sonderburgischen Linie angeknüpft gewesen. Der Herzog zu Plön hatte dazu seinen Sohn, den Herzog Johann Adolf, dem Gentsch assistirte, nach Kopenhagen gesandt, und es wurde daselbst längere Zeit hindurch unterhandelt. Unter den ersten Vergleichspropositionen von Königlicher Seite kam auch der merkwürdige Antrag [13]) vor, die Herzoge Sonderburgischer Linie möchten sich dazu verstehen, auch der weiblichen Descendenz der Königlichen Linie in den Herzogthümern Schleswig-Holstein ein Erbfolgerecht einzuräumen. Aber ein Vergleich kam, wie bekannt, gar nicht zu Stande.

---

[11]) Er ist nach Beendigung dieser Angelegenheit (1681) in Königlich Dänische Dienste getreten und vom Könige geadelt worden. Es ist der in der Schleswig-Holsteinischen und in der Oldenburgischen Landesgeschichte als Staatsbeamte rühmlich bekannte Geheimerath Gensch von Breitenau.

[12]) Schlegel's Samml. zur Dän. Gesch. I. 3, S. 133; v. Halem's Geschichte von Oldenburg III. S. 10 bis 11.

[13]) Vgl. Michelsen's polem. Erörterg. I. S. 29; II. S. 20.

Digitized by Google

Darauf erließ nach dem Tode Günther's Herzog Joachim Ernst von Sonderburg-Plön sofort, nämlich unter dem 25 Juni 1667, ein gedrucktes Patent an die Ritterschaft, Städte und Eingesessenen der Grafschaften Oldenburg und Delmenhorst, worin er sich ihnen als ihren rechtmäßigen, angestammten Landesherrn kundgab, und auf welches Document, als erste Beilage gegenwärtiger Rechtsdeduction wieder abgedruckt, wir hier speciell verwiesen haben wollen, und als die Oldenburgische Bauerschaft am 12. Juli desselben Jahres in der Stadt Oldenburg zur Huldigung versammelt war, ließ der Herzog durch Notar und Zeugen noch eine förmliche Protestation einlegen, worin es heißt: „Wir hätten gehofft, man würde der, ex proximioritate sanguinis Uns allein zukommenden, und in denen Kaiserlichen Exspectanzbriefen vest fundirten Successions-Gerechtigkeit ihren vigor gelassen, Uns in keinem Wege eingegriffen, und bevorab die sämmtlichen Gräflich Oldenburg- und Delmenhorstischen Landstände sich keiner andern Herrschaft verpflichtet und unterthänig gemachet haben." In der That stand der Herzog um einen Grad näher als der Herzog von Gottorf und um zwei Grade näher, als der König von Dänemark. Mit vollem und klarem Rechte behauptete er daher, gestützt auf die Anwartschaft, als näherer Agnat seine Vettern von der Succession in diese alten Reichslehen auszuschließen. Alsbald wiederholte er auch vor Kaiser und Reich die zu Oldenburg wider die Dänisch-Gottorfische Besitznahme eingelegte Protestation, und trug sodann in einer weitern Klagschrift bei dem Reichshofrathe darauf an, daß jener Rendsburgische Tractat aufgehoben, alles in vorigen Stand gesetzet, und ihm, als ältestem Agnaten, die Grafschaften zuerkannt würden. Die Klage ward dem Gegentheile zugefertigt, und an Kur-Brandenburg und den Herzog von Braunschweig zum Versuch der Güte Kaiserliche Commission ertheilt, auch ein ernstliches Abmahnungsschreiben des Kaisers an den König und den Herzog von Gottorf erlassen, daß sie sich des Sitz- und Stimmrechts in der Reichsversammlung für Oldenburg-Delmenhorst zu enthalten hätten. Es entspann sich hieraus ein weitläuftiger Wechsel von Schriftsätzen unter den Partheien; während Dänemark und Gottorf vorläufig eine gemeinschaftliche Landesregierung in Oldenburg einrichteten und die Staatsbedienungen dort wechselsweise besetzten, auch hohe Donativ-Gelder in Gemeinschaft einforderten.

Die Gütepflege, in Kaiserlichem Auftrage von Brandenburg und Braunschweig, auch zum Theil Hessen-Cassel vermittelt, durch die Jahre 1668 und 1669 sich durchziehend, hatte kein gedeihliches Resultat. Es wurde dabei unter den Partheien in Schriftsätzen förmlich bis zur Duplik verfahren, eine Reihe von Tagfahrten und Sitzungen zu Lübeck und zu Hamburg abgehalten, Conferenzen und Correspondenzen mit manchen deutschen Fürsten und selbst mit mehreren auswärtigen Höfen gepflogen. Allein die Tractaten zerschlugen sich, zum Theil durch heftige Rangstreitigkeiten unter den Königlichen und Gottorfischen Bevollmächtigten vereitelt [14]). Dänemark

---

[14]) Vgl. Gebhardi Dän. Gesch. II. S. 495; v. Halem's Gesch von Oldenburg III. S. 18.

Digitized by Google

und Gottorf erklärten sich noch immer für die Fortdauer der Vergleichs-Commission, obgleich es mit den gütlichen Verhandlungen gar keinen Fortgang mehr hatte; dagegen wandte sich das Haus Sonderburg an den Kaiser, wie an verschiedene deutsche und ausserdeutsche Fürsten mit Vorstellungen darüber, „daß Dänemark und Gottorf die Sache dadurch nur auf die lange Bank zu spielen suchten". Brandenburg rieth dem Herzog von Sonderburg-Plön ernstlichst zur Nachgiebigkeit und zum Vergleiche und von dem weitern Processe ab, da von Dänemark mit Gewalt nichts zu bekommen sey, weil Niemand die Execution übernehmen und sich deshalb mit Dänemark in einen Krieg einlassen werde. Allein der Herzog von Plön bestand zuletzt für sich und sein Haus auf Rechtsentscheidung und auf das Kaiserliche Endurtheil in diesem Rechtsstreite, nachdem er vorher wiederholt sehr nachgiebige Vergleichspropositionen gestellt, ja einmal im Laufe dieser verwickelten Negoziationen seine Commissarien dahin instruirt gehabt hatte, daß er mit dem dritten Theil, eventuell sogar mit dem vierten Theil der Oldenburgischen Erbschaft zufrieden seyn wolle. Mittlerweile war König Friedrich III. verstorben und sein Sohn Christian V. den 9. Februar 1670 ihm auf dem Throne nachgefolgt. Diesem Könige wurde aber die Beendigung des Oldenburgischen Erbfolgestreits eine seiner ersten Bestrebungen. Sein kluger Rathgeber war dabei sein Minister Schumacher, nachheriger Graf von Griffenfeld, der einen Vergleich mit dem Herzoge von Sonderburg-Plön, die mißliche Lage der Rechtssache für Dänemark klar einsehend, in allem Betracht für das rathsamste hielt. Es wurde deshalb mit dem Herzoge von Plön Correspondenz angeknüpft und man fand ihn nicht abgeneigt. Sein Sohn, Herzog Johann Adolf, ging nun wieder, um einen Vergleich einzuleiten, nach Kopenhagen, und der Herzog von Gottorf fand sich gleichfalls dazu persönlich ein. Aber die mit Dänemark, in Verbindung mit Gottorf, gepflogenen Unterhandlungen scheiterten bald an der Ueberhebung und Hartnäckigkeit Gottorf's. Wir lesen unter andern in einer von Königlicher Seite ergangenen Relation über diese Streitigkeiten folgendes [15]): „Remonstrirte man, es werde übel ablaufen und aller Muthmaßung nach das Recht für Ploen ausfallen, darum besser sey, sich jetzt mit etwas abzuhelfen, als künftig alles zu verlieren, so war die Gottorfische Antwort darauf: Es sey deshalben keine Noth; der Kaiser habe das Herz nicht, ein Urtheil in der Sache zu sprechen, viel weniger dasselbe zu exequiren. Unternähme er sich aber solche Autorität, so sey der Degen dawider gut ꝛc." Der besser berathene König setzte aber ohne Gottorf die Unterhandlungen mit dem Herzoge von Plön fort, und jetzt mit besserm Erfolge. Der Herzog von Gottorf noch in Kopenhagen anwesend, erbot sich daher dem Könige, ihm seine Successionsrechte an Oldenburg zu verkaufen, und wirklich kam zwischen ihm und dem Könige darüber eine mündliche Verabredung zu Stande, wonach die Gottorfischen Rechte auf Oldenburg für die mäßige Summe von 150,000 Rthlrn. an die Königliche Linie abgetreten werden sollten [16]). Hernach jedoch als der Herzog nach Gottorf

---

[16]) v. Halem's Gesch. III. S. 20.

Digitized by Google

zurückgekehrt war, ist diese Verabredung wieder rückgängig geworden, indem es von Gottorfischer Seite hieß, der Herzog habe seinem Bruder, dem Bischofe von Lübeck, nichts vergeben können, der Vertrag werde erst durch die schriftliche Abfassung perfect, die Abfindungssumme sey so gering, daß eine Verletzung über die Hälfte leichtlich nachzuweisen stehe.

Bei so bewandten Umständen konnte der König vor der Hand sich offenkundig nur über die eine Hälfte der Oldenburgischen Erbschaft mit Sonderburg=Plön vergleichen, und dies ist geschehen am 18. März 1671. Durch diesen ersten Vergleich, der vom 18. März datirt, und unterm 30. März 1671 höchsten Ortes approbirt und ratificirt ist, versprach der Herzog von Sonderburg=Plön für sich und seine Lehnserben, die Hälfte alles Rechts und Anspruches, so er als nächster Agnat und Lehnserbe des verstorbenen Grafen Anton Günther auf die Grafschaften Oldenburg und Delmenhorst mit ihren Pertinenzen und Gerechtsamen haben möchte, an den König und seine Lehnserben zu übertragen; jedoch mit ausdrücklichem Vorbehalte des eventuellen Successionsrechtes für sein Haus, falls die Königliche Linie im Mannsstamme ausginge. Der König überließ dagegen dem Herzoge in dem holsteinschen Amte Segeberg so viel Güter, als den Werth von 100,000 Rthlr. ausmachten, und jährlich 4000 Rthlr. eintrugen. Dabei wurde stipulirt, daß das Herzogliche Haus nicht schuldig sein sollte, über die andere Hälfte der Oldenburgischen Erbschaft mit jemand anders zu transigiren, vielmehr freie Hand behielte, den Rechtsprozeß weiter zu verfolgen. Aber durch einen zweiten Vergleich, unter gleichem Dato unterzeichnet und ratificirt, wurde man auch schon über die andere Hälfte der Grafschaften in einem geheimen Neben=Recesse einig. Der Herzog gab für sich und seine Lehnserben das Versprechen, den Proceß wider das Gottorfische Haus ohne Verzug fortzusetzen, und „allen Fleiß anzuwenden, damit auf das eheste ein gutes End-Urtheil erfolgen möge“. Wenn alsdann die Grafschaften dem Herzoge zuerkannt würden, sollte auch die andere Hälfte derselben, der vorigen Hälfte gleich, und mit dem nämlichen Vorbehalte eventueller Succession, an die Königliche Linie fallen; wobei man sich in dem Vertrage darauf berief, daß sowohl eine Zerstückelung als eine Gemeinschaftliche Regierung der Landeswohlfahrt widerstreiten würde. Der König versprach dagegen, „in Ansehung, daß die erste Hälfte gewisser Ursachen halber um so viel weniger ästimiret worden,“ für die andere Hälfte den Werth von 300,000 Rthlr. Sp. gut zu thun, und zwar nach genauer Festsetzung zum Theil in Herzoglich Norburgischen Gütern, zum Theil in Baarzahlung. Zugleich wurde unter andern versprochen, daß der König und seine Nachkommen als Mitbesitzer der Grafschaften, falls das Urtheil für Sonderburg=Plön ausfiele, das Haus Gottorf aber nicht weichen wollte, und deswegen eine Execution erkannt würde, solche Execution „auf alle diensame und billige Wege facilitiren helfen“ wollten.

Die Nachricht von solchen zwischen dem Könige und dem Herzoge von Plön geschlossenen

Digitized by Google

Vergleichen erregte in Gottorf solche Mißstimmung, daß der Herzog jetzt kein Bedenken trug, dem gegen Dänemark feindseligen Schwedisch-Englischen Bündnisse sich anzuschließen.

Der Herzog von Plön hatte inzwischen, dem ersten Vergleiche gemäß, die eine Hälfte der Grafschaften, in deren factischem Besitz der König sich schon befand, mittelst eines förmlichen Cessions-Instrumentes vom 30. März 1671 auf den König und seine Lehnserben übertragen, auch darüber die Kaiserliche Confirmation unter dem 12. Juli desselben Jahres verabredetermaßen erwirkt. Am 5. October dieses Jahres starb der Herzog, mit Hinterlassung mehrerer Söhne, die den Prozeß wider Gottorf mit Eifer fortsetzten. Und endlich erging im Namen des Kaisers das Urtheil [17]) des Reichshofraths vom 20. Juli 1673 [18]), welches jenen Rendsburgischen Tractat von 1649, so viel er die Lehne betrifft, cassirte und zu Recht erkannte, daß den Klägern und ihren Erben die Lehnsfolge in den Grafschaften gebühre, und Gottorf schuldig sei, seinen davon inne habenden Antheil mit den Nutzungen abzutreten und zu restituiren, auch die Kosten zu erstatten. Das Urtheil lautet wörtlich so:

„In Sachen sich verhaltend zwischen Herrn Joachim Ernsten, Herzogen zu Holstein-Plöen, anjetzo dessen hinterlassenen Herren Söhnen und Erben, Klägern, eines, dann Herrn Herzog Friederichen, anjetzo dessen Sohn, Herrn Herzogen Christian Albrechten zu Holstein-Gottorff, Beklagten, andern Theils, die Lehensfolge und Succession in beede Grafschaften Oldenburg und Delmenhorst betreffend, ist allem Vor- und Anbringen nach, zu Recht erkannt, daß gedachten Klägern, anjetzo dessen Söhnen und Erben die Lehensfolge in gedachten Grafschaften gebühre, wie sie dann denselben hiemit adjudiciret, Beklagter hingegen seinen daran inhabenden Theil una cum fructibus perceptis et percipiendis, nec non expensis, nach richterlicher Ermäßigung, sub termino duorum mensium et poena 10 marcarum auri, abzutreten und zu restituiren hiemit condemniret, auch die zu Renßburg Anno 1649 den 16. Aprilis aufgerichtete pacta (so viel die Lehen betrifft) sambt der hierüber per sub-et obreptionem ausgewürkten Confirmation, cassirt und aufgehoben wird.“

Es wurden von Gottorf hierwider zwar Rechtsmittel eingewendet, diese jedoch vom Reichshofrathe verworfen und unterm 13. September 1674 eine paritorische Sentenz eröffnet, und als dawider von Gottorf Restitution gesucht ward, auch dieses Rechtsmittel vom Reichshofrathe abgeschlagen und ein anderweites paritorisches Urtheil, mit eventueller Commission der Vollstreckung, unter dem 23. Januar 1676 publicirt [19]).

---

[17]) Abgedruckt, wie auch die Urkunden von 1671, im Anhange zu von Halem's Geschichte. Bd. III.

[18]) Die Gottorfische Duplik datirt vom 30. September 1672. Eine Gottorfische productio documentorum noviter repertorum.

[19]) Alle drei Urtheile vom 20. Juli 1673, vom 14. September 1674 und vom 23. Januar 1676 abgedruckt in v. Halem's Geschichte III. Seite 429—431.

Digitized by Google

Zur Execution war der Herzog zu Braunschweig-Lüneburg-Celle committirt worden, und im Mai desselben Jahres kam es wirklich zur Ausführung, nachdem der König Christian V. bereits unterm 22. April mittelst eines gedruckten Patentes allen Beamten und Unterthanen in den beiden Grafschaften nebst zugehörigen Landen die Anzeige und Aufforderung hatte zugehen lassen, der Executions-Commission in allen Stücken zu willfahren. Der Executionsact wurde zu Oldenburg am 22. Mai 1676 vollzogen im großen Saale des Residenzschlosses, unter Anwesenheit der Commissarien allerseits, wie der Oldenburgischen Regierungsräthe, des Landrentmeisters, der Geistlichkeit und des Rathes der Stadt Oldenburg. Es wurden mehrere Reden gehalten, auch die Kaiserlichen Urtheile und Commissionsbefehle, sammt den übrigen bezüglichen Documenten, Mandaten und Vollmachten verlesen; sodann die Beamten und Stadträthe der dem Gottorfischen Hause geleisteten Eidespflichten förmlich entbunden und für den Herzog von Plön und seine Lehnserben in Eid und Pflicht genommen, jedoch der solenne Huldigungsact vorläufig ausgesetzt. Es wurde ferner die Ueberweisung der Grafschaften an den Herzog und seine Lehnserben declarirt, und die Unterthanen zur Treue aufgefordert, welche die Anwesenden angelobten. Der Sonderburg-Plönische Bevollmächtigte übernahm die überwiesenen Grafschaften mit allen ihren Regalien und Gerechtsamen „für das fürstliche Haus solemniter in wirkliche Possession" [20]). Ein gleicher Act geschah am 24. Mai zu Delmenhorst, in dem „Gräflichen Hause" daselbst im Kirchensaale, im Beiseyn der zur dortigen Regierung Verordneten, des Landrichters, der Prediger und des Rathscollegiums der Stadt.

Bei der Execution wurde das Stad- und Butjadingerland, mit Rücksicht auf dessen Lehnsverhältniß zu Braunschweig-Lüneburg, speciell ausgenommen. Der Streit über die Belehnung mit dieser Landschaft, die nicht ein Pertinenzstück der Grafschaften, sondern damals ein davon gesondertes Lehn war, ist erst später beigelegt worden [21]). Es wurde nach einer zu Kopenhagen durch beiderseitige Commissarien gepflogenen Verhandlung ein ausführlicher Erläuterungs-Receß [22]) über jene Oldenburgischen Vergleiche zwischen dem Könige und dem Herzoge von Plön, als Vertreter des Sonderburgischen Hauses, am 29. Mai 1680 errichtet, und unter dem 4. Juli desselben Jahres zu Glückstadt vom Könige ratificirt. Hierin versprach der Herzog, das Rechtsverfahren wider das Gottorfische Haus nicht allein wegen des Ersatzes der Kosten und Früchte, sondern auch wegen des Stad- und Butjadingerlandes und wegen des Weserzolles, als Zubehör der Grafschaften, gehörig fortzusetzen, unter möglichster Cooperation und Abstattung der ver-

---

[20]) Ueber beide diese Executions-Acte vom 22. und 24. Mai 1676 wurde ein gemeinsames Notariats-Instrument verfaßt durch den Kaiserl. Notar Christian Curtius. Ein darüber aufgenommenes Protocoll findet sich abgedruckt in v. Halem's Gesch. III. S. 432—442.

[21]) Vgl. v. Halem's Gesch. III. S. 108 ff.

[22]) Siehe unsere Beil. V.

Digitized by Google

ursachten Unkosten von Seiten des Königshauses, welches auch noch speciell dem Sonderburgischen Hause die eventuelle Succession in die Oldenburgischen Lande gewährleistete. Der König stellte hierüber auf dem Schlosse zu Plön, wohin er von Glückstadt aus zum Besuche kam, noch eine allgemeine Indemnisations-Verschreibung am 12. Juli desselben Jahres aus.

Unter solchen Umständen kam es nun auch bald zu gedeihlichen Vergleichsverhandlungen mit dem Hause Gottorf. Der Hauptvergleich [23]) ist zu Eutin den 16. April 1681 unterzeichnet und den 11. Juni desselben Jahres zu Gottorf vom Herzoge Christian Albrecht und seinem Bruder August Friedrich, Bischof von Lübeck, der den Vergleich hauptsächlich zu Stande gebracht hatte, genehmigt und ratificirt. Das Gottorfische Haus hat darin seine Ansprüche auf die Grafschaften mit zugehörigen Landen und Gerechtsamen, insonderheit auch das Stad- und Butjadingerland und den Weserzoll, zu Gunsten des Sonderburgischen Hauses aufgegeben, auch die Cession der Grafschaften an die Königliche Linie anerkannt, jedoch die Succession nach Abgange des Königlichen und des Herzoglich Sonderburgischen Mannsstammes sich reservirt. Die dem Herzoge von Plön zuerkannten Nutzungen und Kostenerstattung waren auf 177,727 Rthlr. liquidirt. Gottorf überließ dafür an Plön verschiedene Güter und stellte eine Schuldverschreibung von 86,000 Rthlr. aus, worin das Holsteinische Amt Trittau zur Sicherheit hypothekarisch verschrieben war. Diese Schuldverschreibung datirt ebenfalls vom 16. April 1681, und unter gleichem Dato wurde auch in Eutin von den Herzogen Christian Albrecht und August Friedrich eine eigene Cessionsacte [24]) über das Stad- und Butjadingerland an das Sonderburgische Haus ausgestellt. Dieses hatte aber schon durch ein Cessions-Instrument vom 22. Juni 1676 die Gottorfische Hälfte auf den König übertragen, der unverzüglich den vollen Besitz des Landes ergreifen und die Huldigung dort einnehmen [25]) ließ, und nunmehr übertrug dasselbe noch durch ein besonderes Instrument vom 28. September 1681 die von Gottorf hinzuerlangten Gerechtsame als Pertinenz der Grafschaften gleichfalls an den König und seine Lehnserben. Und hiermit endigt die Geschichte des langen Oldenburgischen Erbfolgestreites.

§ 2.

Vertragsmäßiger Vorbehalt und Sicherung der Oldenburgischen Successionsrechte für das Sonderburgische Haus.

Wir haben in dem Obigen aus den uns vorliegenden Acten und Urkunden einfach berichtet, wie die Königlich Dänische Linie, die Umstände klug benutzend, die dem Sonderburgischen

[23]) Beil. VI.
[24]) Beil. VII.
[25]) Vgl. v. Halem's Gesch. III. S. 26.

Digitized by Google

Hause von Rechtswegen zukommenden und auch reichsgerichtlich zugesprochenen [26]) Oldenburgischen Lande zu adquiriren wußte. Die Erwerbung gründete sich auf die mit dem Sonderburgischen Hause abgeschlossenen Verträge. In diesen Verträgen ist aber beständig der Rückfall bei dem dereinstigen Aussterben des Königl. Dänischen Mannsstammes auf das allerbestimmteste vorbehalten. Es ist dieses Rechtsverhältniß eine schon längst bekannte, in der bezüglichen historischen und publicistischen Literatur allenthalben anerkannte und speciell hervorgehobene Thatsache. Auch waren die Verträge in dieser Beziehung ja reine pacta successoria conservativa, indem sie nicht ein Erbrecht erst verschafft und eingeräumt haben, sondern nur das schon bestehende Erbrecht des Sonderburgischen Hauses in ein vertragsmäßiges verwandelten, somit sicherstellten und garantirten. Denn das Successionsrecht war ohnehin schon nach dem Abgange der Königlichen Linie dem Sonderburgischen Hause dadurch gegeben, daß letzteres, dem Gottorfischen Hause gegenüber, eine Nebenlinie des Königsstammes ist. Es hat bekanntlich zum Ahnherrn Herzog Johann den Jüngern, einen Bruder Königs Friedrich's II., und mit der Königlichen Hauptlinie zusammen den nächsten gemeinsamen Stammvater, nämlich König Christian III. (gest. 1559). Demselben gebührt folglich jenes Successionsrecht schon vermöge seiner Abstammung, nach bekannten gemeingültigen Grundsätzen der Thronfolgeordnung, von Geblüts wegen. Der Vorbehalt des Rückfallsrecht hat also nur den Anfall, der ohnehin schon von Rechtswegen hätte eintreten müssen, feierlich gesichert. Um aber die Thatsache der in den bündigsten Verträgen enthaltenen Reservation der Recidiv-Succession des Sonderburgischen Hauses in Oldenburg und Delmenhorst sammt zugehörigen Landen, wie sie bei der Abtretung dieser Lande an das Königliche Haus in den feierlichsten Tractaten ausbedungen und zugesichert worden ist, an dieser Stelle gehörig und genauer, als es bisher in Druckschriften geschehen, zu constatiren, wollen wir hier die hauptsächlichsten Belege und Beweisstellen aus den betreffenden Hausverträgen nunmehr folgen lassen.

---

[26]) Das Sonderburgische Haus hatte durch einen Gesandten dem Kaiser eine förmliche Danksagung abstatten lassen, wie aus Archiv-Acten erhellet. Der Herzog von Plön ließ zum Gedächtniß einen Thaler prägen, auf dessen einer Seite man eine Landschaft mit Schlössern und Städten erblickt, während die andere Seite den Reichsadler im Fluge zeigt, eine Waage in den Klauen haltend und von der Sonne bestrahlt. Die Umschrift ist: Divina Benedictione Et Caesarea Justitia. Köhler's Münzb. XII. S. 97. In den Landeskirchen wurde ein Dankgebet gehalten von folgendem vorgeschriebenen Wortlaute: „Nachdem der Allerhöchste Gott durch seine väterliche Güte verliehen, daß die bishero rechtshängig gewesene hochwichtige Successions-Sache wegen der Grafschaften Oldenburg und Delmenhorst in so weit glücklich zu Ende kommen, daß itztgedachte Grafschaften durch ein Kaiserliches Endurtheil Unserer Landesfürstlichen Gnädigsten Herrschaft zuerkannt worden: Als danken wir dem Grundgütigen Gott hiefür von gantzem Herzen, und sey Sein heiliger Nahme vor solche Wohlthat gelobet und gepreiset ewiglich. Wir bitten Seine Göttliche Güte daneben, daß Sie hinferner sowohl dieser als aller anderen Dinge wegen alles also schicken und gnädig verleihen wolle, wie es Seinem Göttlichen Nahmen zu Lob und Ehre, Unserer Landesfürstlichen Herrschaft zu Vergnügen und dem gantzen Lande zu Nutzen und Ansehen gedeihen möge. Amen!"

Digitized by Google

Bereits in dem ersten Vergleiche wegen Ueberlassung der einen Hälfte der Oldenburgischen Erbschaft an die Königliche Linie, am 18. März 1671 zu Kopenhagen abgeschlossen und am 30. März vom Könige rattificirt, ist bei der Abtretung folgende Limitation ausdrücklich stipulirt:

„Ob nun wohl J. F. Gnaden zu Schleßwig-Holstein-Plön gegen würckliche Prästation obiger Conditionen die Helffte alles Rechts auf die Graffschaften, dero Pertinentien und anhangende Jura an J. K. M. zu Dennemarcken, Dero Erb-Successores in der Regierung und Lehns-Erben cedirt; so soll doch solche Cession nicht weiter, als nur auf König Friedrichs des dritten zu Dennemarck, hochseligster Gedächtnis, Erb-Successores in der Regierung und Leibes-Lehns-Erben zu verstehen seyn, und wenn mehrbesagte Graffschaften mit Ihnen (welches Gott verhüte) zum Fall kommen, Ihro F. Gnaden zu Schleßwig-Holstein-Plön und Dero Leibes-Lehns-Erben das Jus Successionis, wie es J. F. Gnaden vorhochgedacht bey tödlichem Abgang des letztern Herrn Grafen hätte zukommen können, privative reserviret seyn. Dagegen auch, wenn die vom Ambte Segeberg an J. F. Gnaden zu Schleßwig-Holstein-Plön und Leibes-Lehns-Erben cedirte Stücke mit Ihr oder Ihnen zum Fall kommen (welches Gott gleichfalls verhüte), so sollen dieselben ebenergestalt an die Königliche Linie, als von welcher sie überlassen worden, wieder heimfallen."

Gleichmäßig lautet in dem zweiten Vergleiche von gleichem Dato wegen künftiger Cession der andren Hälfte diese in Rede stehende Stipulation, wie folgt:

„Art. 19. Ob nun wohl gegen Prästation obiger Conditionen diese Cession der andren Helffte der Graffschaften geschehen; so soll sie doch nicht weiter alß auf J. K. M. Königs Friedrich des Dritten zu Dennemark, höchstseligsten Gedächtniß, Königliche Erb-Successores in der Regierung und Leibes-Lehns-Erben zu verstehen sein. Denn wo mit Selbigen, das Gott verhüte, die Graffschaften zum Fall kämen, soll auch diese Helffte gleichwie die erste, und nach Inhalt der vorigen Tractaten, J. F. G. zu Schleßwig-Holstein-Plön und dero Leibes-Lehns-Erben Jure Successionis privative wieder zustehen. Desgleichen auch, wenn diejenigen Lande, so durch diesen Tractat vor die andere Helffte der Graffschaften cediret worden, mit J. F. Gnaden zu Schleßwig-Holstein-Plön oder Dero Leibes-Lehns-Erben zum Fall kämen, sollen solche ebenergestalt Ihro K. M. zu Dennemarck, Dero Königlichen Erb-Successoren in der Regierung und Lehns-Erben wieder anheimfallen."

Nachdem darauf durch Reichshofraths-Erkenntnisse [27]) vom 20. Juli 1673, vom 14. Sept. 1674 und vom 23. Januar 1676 dem Herzoge von Sonderburg-Plön die ausschließliche Nachfolge in beide Graffschaften rechtskräftig zugesprochen, und demgemäß der Herzog im Wege der

---

[27]) Das Conclusum des Reichshofraths ist in unserer Beilage II. abgedruckt.

Digitized by Google

Execution[28]) am 22. und 24. Mai 1676 zu Oldenburg und Delmenhorst durch Braunschweig-Lüneburg wirklich in den Besitz der Oldenburgischen Lande gekommen war, erfolgte einen Monat später, in Gemäßheit jenes zweiten Vergleichs von 1671, die Cession an die Königliche Linie. In dem Oldenburgischen Cessions-Instrumente vom 22. Juni 1676 lautet aber jener betreffende Passus sehr bestimmt folgendermaaßen:

„Wir begeben uns auch für uns, Unsere Herren Gebrüdern und gesammte Unsere Erben aller Gegenreden und Exceptionen, wie die Namen haben mögen, welche dieser geschehenen Cession zuwider können gebraucht und allegirt werden, zumahlen Wir und Unsere Mitbenannte an gedachten Graffschaften kein weiteres Recht, Prätension oder Ansprüche begehren, sondern dieselben Ihro Königlichen Majestät zu Dännemarck, Norwegen ꝛc., Dero Königlichen Erb-Successoren in der Regierung und Lehns-Erben ganz und gar hiermit cedirt und kraft dieses abgetreten haben wollen, so lange und viel als von Ihro hochseligen Majestät weyland König Friedrich III. zu Dännemark, Norwegen ꝛc. glorwürdigsten Andenkens descendirende Leibes-Lehns-Erben im Leben vorhanden seyn werden, welchen allen zu faveur diese Cession gemeint ist. Da aber, was Gott verhüte, dieselben über kurz oder lang gänzlich mit Tode abgingen, und also die Graffschaften mit ihrem tödtlichen Hintritt wieder zu Fall kämen, soll Uns und Unseren Leibes-Lehns-Erben, auf deren Ermangelung aber Unserem Bruder Herrn August und dessen Leibes-Lehns-Erben, und auf deren Abgang Unserem Bruder Herrn Joachim Ernst und dessen Leibes-Lehns-Erben, nach deren Ermangelung endlich denen anderen Agnaten Unseres Fürstlichen Hauses das Jus Successionis in benannte beede ganze Graffschaften Oldenburg und Delmenhorst, davon dependirenden Landen und Gerechtigkeiten u. s. w. reserviret seyn, und ohne Abbruch wieder zugehören."

Selbst in den wegen der Abtretung der Graffschaften an den König und seine Lehnserben erlassenen Patenten ist dieses vorbehaltene Rückfallsrecht der Herzoglich Sonderburgischen Linie den sämmtlichen Beamten und Unterthanen in den Oldenburg-Delmenhorstischen Landen expreß kundgemacht worden. So heißt es namentlich in dem Patente vom 22. Juni 1676, welches wir nach einem gedruckten Original-Exemplar hier als urkundliche Beilage[29]) wieder abdrucken lassen, in dieser Hinsicht unter andern wörtlich also:

„— — — mit gutem Wissen und freien Willen cediret, übertragen und abgetreten, auch für Uns und Unsere Mitbeschriebene Uns allen Rechts und Ansprach daran begeben und renunciiret, also daß Ihre Königliche Majestät und Dero Erb-Successores und Lehens-Erben solchen Antheil nicht weniger als den vorhin schon gehabten, mit allen Hoheiten, Juribus und Gerech-

[28]) Vergl. unten Beil. III.

[29]) Siehe unten Beil. IV.

tigkeiten, wie die vorige Graffen dieselbe besessen, besitzen, genießen und beherrschen sollen, so lange von Ihrer Höchstseligsten Majestät weyland König Friedrich dem Dritten zu Dennemarck, Norwegen ꝛc. descendirende Leibes-Lehns-Erben vorhanden seyn werden, dann auf deren gänzlichen Abgang, welchen Gott verhüte, Uns, Unseren Herren Gebrüdern und Erben das Jus successionis vorbehalten bleiben soll."

Auch in dem Erläuterungs-Recesse [30]) über jene beiden Oldenburgischen Vergleiche von 1671, der am 29. Mai 1680 unterzeichnet und am 4. Juli desselben Jahres vom Könige ratificirt ward, findet sich ein sehr bestimmter Passus über dieses eventuelle Successionsrecht des Sonderburgischen Hauses. Es waren nämlich, um von Kaiser und Reich die Confirmation und Investitur über die von Sonderburg-Plön vergleichsweise abgetretenen Grafschaften für die Königliche Linie zu erlangen, vorhin Cessions-Instrumente ausgestellt worden, jedoch in kürzerer und mehr genereller Fassung als die Hauptverträge, und in der Cessionsacte vom 30. März 1671 war jenes Vorbehaltes der Succession bei dem Erlöschen des Königlichen Mannsstammes gar nicht gedacht worden. Mit Rücksicht hierauf wurde, um das Sonderburgische Haus gegen alle daraus zu ziehenden nachtheiligen Folgerungen für die Zukunft völlig sicher zu stellen, in dem ersten Artikel des Erläuterungs-Recesses unter andern dieses stipulirt:

„Als wird, zu Verhütung dergleichen Mißverstandes und irriger Deutung von beeder, sowohl Königlicher als Fürstl. Holstein-Plönischer Seite, hiemit solemniter declarirt und expresse bedungen, daß angeregte beede, unter jüngeren Datis et in terminis generalibus ausgefertigte documenta cessionis denen vorher aufgerichteten beeden Haubt- und Special-Verträgen in keinem einzigen Punkte sollen abträglich oder nachtheilig seyn, sondern berührte beede Haubt-Verträge in allen und jeden Stücken, in specie was die auf tödtlichen Abgang der Königlichen oder Fürstlich Holstein-Plönischen Linie reservirte und in beeden pactis specificirte casus successionis reciprocae belanget, bey voller Macht und Gültigkeit verbleiben, nicht anders, als wenn all solches von Wort zu Wort in den beeden jüngeren Cessions-Documentis wäre wiederholt und durch die darüber erhaltene Kaiserliche Confirmationes specialiter bestärket worden."

Wie aber in den Oldenburgischen Erbverträgen mit der Königlichen Linie das Successionsrecht des Sonderburgischen Hauses auf den Fall des Ausganges des Königstammes vorbehalten und feierlich zugesagt worden, so ist es nicht minder in dem Oldenburgischen Erbvergleiche mit dem Gottorfischen Hause auf das allerbestimmteste geschehen. Dieser am 16. April 1681 zu Eutin unterzeichnete und am 11. Juni desselben Jahres von dem zu Gottorf regierenden Herzoge Christian Albrecht und seinem Bruder August Friedrich, Bischof zu Lübeck, ratificirte Vertrag enthält über den in Rede stehenden Punkt folgendes:

---

[30]) Beil. V.

Digitized by Google

„Dahingegen renunciiren J. F. Durchl. zu Holstein-Gottorff für Sich, Dero Erben und gantzes Fürstliches Haus allen gravaminibus, exceptionibus und praetensionibus, die Sie wider die abgesprochene Kaiserliche Sentenz in dieser Successions-Sache und darauf ergangene Execution, auch gegen die vom Fürstl. Hause Holstein-Plön an J. K. Majestät zu Dänemark gethane Cession der Grafschaften etwa zu haben vermeint oder auch haben können und mögen, inmaaßen hochermeldte J. F. Durchl. zu Holstein-Gottorff, Dero Erben und gantzes Fürstl. Haus, an besagte beyde Graffschaften und deren incorporirte Lande, in specie den Weser-Zoll sambt Stad- und Butjadinger-Land mit eingeschlossen, kein weiteres Recht, aus was Grund es auch seyn könne, prätendiren wollen, es sey denn, daß nach Abgang der Königlichen, auch der Fürstlich Holstein-Plönischen und zugehöriger Agnaten männlicher Familie, dem Fürstlichen Hause Holstein-Gottorff die Succession an den Graffschaften und deren incorporirten Landen wieder zuwüchse, auf solchen Fall soll und will hochermeldtes Fürstliches Haus an seinen Juribus durch diesen Vergleich in keine Wege verkürzet seyn."

Solches dem Sonderburgischen Hause, und zunächst der Plönischen Linie desselben, ausdrücklich in allen mit dem Königlichen wie mit dem Herzoglich Gottorfischen Hause getroffenen Vergleichen und eingegangenen Erbverträgen reservirte Succession in die Grafschaften Oldenburg und Delmenhorst hat auch später, wie die Landesgeschichte und Archiv-Acten lehren, als bestehendes und allseitig anerkanntes Rechtsverhältniß bei anderweitigen Tractaten und Staatsverhandlungen seine volle Berücksichtigung stets gefunden. Dies ist namentlich der Fall gewesen, als König Friedrich IV. in dem nordischen Kriege gegen den König Carl XII. von Schweden im Jahre 1711 für eine Anleihe von nahe an 800,000 Rthlr. die Grafschaft Delmenhorst, wie auch die zur Grafschaft Oldenburg gehörigen Vogteien Hatten, Wardenburg, Zwischenahn und Wüstenland an Kur-Hannover verpfändete.[31]) Der Kurfürst von Hannover hatte bei Errichtung des Wiederkaufs-Contractes, der am 20. Juni 1711 auf zwanzig Jahre und mit der Bedingung geschlossen ward, daß wenn nach Ablauf dieser Zeit die Einlösung nicht präcis geschehen könne, der Wiederkaufs-Contract von neuem auf andere zwanzig Jahre von selbst erneuert seyn sollte, sich speciell ausbedungen, daß auf Königlicher Seite ihm von dem Herzoge Joachim Friedrich zu Sonderburg-Plön, „als nächstem Lehnsfolger in den Grafschaften" ein schriftlicher Consens zu dieser Anleihe und Pfandschaft verschafft werden sollte. Der König sandte deshalb seinen Etatsrath Hannecken als Bevollmächtigten an den Herzog Joachim Friedrich und ließ ihn um Ertheilung seines Consenses ersuchen. Dieser ist auch vom Herzoge, jedoch gegen eine Königliche Indemnisations-Verschreibung für sein Haus, wirklich ertheilt worden. Der Herzog verlangte aber in einem Schreiben an den König vom 27. August

---

[31]) Vgl. v. Halem's Gesch. III. S. 124 ff., S. 232 ff.; Michelsen's zweite polemische Erörterung S. 52—54.

Digitized by Google

1711, daß ihm zur Gegenversicherung wegen der seinem Hause zuständigen Eventualsuccession in die Grafschaften Oldenburg und Delmenhorst, falls solche während der Kur-Hannoverschen zu Fall kommen sollen, die Holsteinische Herrschaft Pinneberg und ein bestimmter Theil der Kremper Marsch, gleichwie im Herzogthum Schleswig die Stadt Sonderburg sammt dem Königlichen Districte auf der Insel Alsen, cum constituto possessorio angewiesen und verschrieben werden möchte. Die bald darauf erfolgte Antwort des Königs enthielt die Gegenversicherung im Original, welche dem Herzoge alles Verlangte unter dem 23. September 1711 verschrieb. Die Einlösung des an Kur-Hannover mit der Landeshoheit versetzten Oldenburgischen Territorialbesitzes ist jedoch nach Ablauf der zwanzig Jahre 1731 richtig erfolgt.

Wie bei dieser Gelegenheit das eventuelle Successionsrecht der Herzoge Sonderburgischer Linie auf die Oldenburgischen Lande in seinen rechtlichen Folgen anerkannt und wirksam wurde, so geschah es auch im Jahre 1729, als der Herzog Friedrich Carl zur Regierung und zum Besitze des Herzogthums Holstein-Plön gelangte. Der zwischen ihm und dem Könige Friedrich IV. unterm 3. October 1729 geschlossene Cessions-Tractat [32]) enthält im vierten Artikel eine ausdrückliche Bestätigung und abermalige Anerkennung der in den oben angeführten Erbverträgen festgesetzten wechselseitigen Succession auf künftige Fälle, insonderheit eine Bestätigung jener beiden Vergleiche von 1671 und des Erläuterungs-Recesses von 1680, unter der ausdrücklichen und „unumstößlichen Festsetzung," daß die „vormals von Fürstlich Plönischer Seiten beschehene cessio jurium auf die Grafschaften Oldenburg und Delmenhorst und deren Pertinentien nicht weiter als auf Uns und Unsere Leibes-Lehns-Erben zu verstehen, und wann ermeldte Grafschaften mit Uns und Unseren Leibes-Lehns-Erben (welches Gott verhüte) zum Fall kämen, Ihme, Hertzogen Herrn Friedrich Carl, als jetzo einzigem übrig seyenden Männlichen Descendenten von weyland Hertzogen Joachim Ernsten zu Holstein-Plön, und dessen künftigen Leibes-Lehns-Erben daran das jus successionis reserviret seyn" sollte. Ebenso ist auch sowohl in dem Successionsvertrage [33]) über den Plönischen Landestheil vom Jahre 1756, wie bei dem Austausche des Gottorfischen Landestheils gegen die Grafschaften Oldenburg und Delmenhorst, dieses Oldenburgische Successiosrecht der Sonderburgischen Linie auf's neue zur ausdrücklichen Anerkennung gekommen: worüber wir in dem folgenden Paragraphen urkundliche Belege geben werden.

Es ist hiernach folglich so klar wie möglich, daß durch alle bezüglichen Verträge in dem Durchlauchtigsten Gesammthause dem Sonderburgischen Special-Hause auf das einhelligste und bestimmteste das Successions- und Anfallsrecht an Oldenburg mit zugehörigen Landen vorbehalten und unverbrüchlich zugesichert ist. Es sollte also, falls der Königlich Dänische Mannsstamm erlöschen würde, die Thronfolge in Oldenburg den Schleswig-Holsteinischen Herzogen Sonder-

[32]) Beil. VIII.

[33]) Beil. X.

Digitized by Google

burgischer Linie von Rechts wegen gebühren. Das Sach- und Rechtsverhältniß liegt hier so klar und einfach vor, daß für Zweifel und Ungewißheit in der That kein Raum bleibt und daher jede weitere Auseinandersetzung überflüssig scheint.

§. 4.
Austausch und Gleichstellung des Herzogthums Oldenburg gegen den Gottorfischen Antheil an dem Herzogthum Holstein.

Sehr bald nach der Erwerbung der Grafschaften Oldenburg und Delmenhorst wurde mehrmals[34]), und namentlich im Jahre 1687, von König Christian V. dem Herzoge von Gottorf angeboten, seinen Antheil an dem Herzogthume Schleswig gegen die Oldenburgischen Lande auszutauschen. Es war dabei das jährliche Einkommen aus diesen auf 150,600 Rthlr. berechnet, das aus dem Gottorfischen Schleswig dagegen nur auf 124,536 Rthlr. Allein der Herzog, obwohl damals auf unerhörte Weise aus Schleswig verdrängt, wo die deutschen Reichsgerichte gegen derartige Gewaltstreiche nicht schützen konnten, wollte doch nichts von dem Tausche hören. Und bald darauf traten der deutsche Kaiser, die Herzoge von Hannover und der König von Schweden in's Mittel. Es kam zu Altona am 20. Juni 1689 der Vergleich zu Stande, welcher die vollkommene Restitution des Herzogs von Gottorf bewirkte. Jedoch was Christian V. beabsichtigt hatte, das wurde unter dem folgenden Könige von Dänemark wirklich durch List und Gewalt zur Ausführung gebracht. Der Gang dieser Dinge ist aus der Geschichte des Schleswig-Holsteinischen Landes und Fürstenhauses hinlänglich bekannt. Es wurde damals gegen das Gottorfische Haus und zunächst gegen die später Kaiserlich Russische Linie desselben im Großen und im Kleinen genau so verfahren, wie heutigen Tages gegen das Sonderburgische Haus und zunächst gegen die Augustenburgische Linie desselben, so daß sonst und jetzt sich hier völlig gleichkömmt. Peter der Große, seine Tochter Anna dem Herzoge Karl Friedrich von Gottorf vermählend, forderte von Dänemark die Herausgabe des Gottorfischen Antheils von Schleswig; aber diese Politik wurde in der Folge von Rußland aufgegeben. Ein paar Decennien später wurde das Haupt der zweiten Gottorfischen Linie, der Herzog Adolf Friedrich, Bischof zu Lübeck, zum Thronfolger in Schweden erwählt, und das Haupt der ersten Gottorfischen Linie, der Herzog Karl Peter Ulrich, zum Nachfolger der Kaiserin Elisabeth in Rußland designirt.

Dänemark bei dieser Lage der Dinge in seiner Existenz bedroht, suchte jetzt vor allem einen Austausch des Gottorfischen Antheils an Holstein gegen die Oldenburgischen Lande zu bewerkstelligen. Es wurde deshalb zuerst mit dem Thronfolger in Schweden glücklich unterhandelt,

---

[34]) v. Halem's Gesch. III. S. 64.

und über den künftigen Austausch von Oldenburg und Delmenhorst der Präliminarvertrag am 7. August 1749 und unterm 25. April 1750 der Definitivvertrag abgeschlossen[35]).

Dagegen waren bekanntlich die Unterhandlungen mit dem Thronfolger von Rußland viel schwieriger. Erst von der Kaiserin Katharina II., als Vormünderin ihres Sohnes, des Großfürsten Paul, wurde die Cession des Großfürstlichen Antheils an Holstein gegen Oldenburg und Delmenhorst der Königl. Dänischen Linie zugesagt, in dem provisorischen Tractate vom 11. April 1767, der hernach vom Kaiser Paul vollständig genehmigt, und unter dem 1. Juni 1773 in den Definitivvertrag übergegangen ist.

Die jüngere Linie des Gottorfischen Hauses ertheilte in besonderen Agnitionsacten[36]) ihre volle Zustimmung zu diesen Verträgen. Ihr waren von der erstgeborenen Russischen Linie die Oldenburgischen Lande zum „anständigen Etablissement" bestimmt. Das Cessions-Instrument datirt vom 13. Juli 1773. Die feierliche Uebergabe, durch Commissarien der betheiligten Höfe vollzogen, geschah zu Oldenburg am 10. December desselben Jahres von Dänemark an Rußland und am 14. December an den Herzog Friedrich August, Fürstbischof von Lübeck, damaligen Repräsentanten der jüngeren Gottorfischen Linie. Die Cessionsacte vom 13. Juli 1773 ist demnächst vom deutschen Kaiser Joseph II. förmlich bestätigt worden; sie überläßt die Grafschaften Oldenburg und Delmenhorst mit allen Rechten und Zugehörungen an den Herzog Friedrich August, dessen männliche Descendenz und an die ganze jüngere Linie des Gottorfischen Hauses; und mittelst kaiserlichen Diploms vom 29. December 1774 wurden die beiden schon längst vereinigten Grafschaften zu einem „Herzogthum Oldenburg" erhoben, welches zufolge der Wiener Congreßacte von 1815 den Titel eines Großherzogthums führt. Mit der Erhebung zum unmittelbaren Herzogthum des heil. Römischen Reichs wurde zugleich durch das kaiserliche Diplom die Fürstlich Hollstein-Gottofische Stimme im Reichsfürstenrathe ertheilt. Aber die förmliche Uebertragung der Holstein-Gottorfischen Stimme auf die jüngere Linie dieses Hauses ist erst durch einen vom Kaiser bestätigten Beschluß der beiden höchsten Reichscollegien vom 10. Juli 1778 erfolgt, nachdem die feierliche Kundmachung der Erhebung zum Herzogthum mittelst Patents vom 1. Juli 1777 und bereis am 22. März desselben Jahres die kaiserliche Thronbelehnung über dieses neue Herzogthum in solenner Weise stattgefunden hatte[37]).

Die Basis der Permutations-Tractaten war, daß der Gottorfische, damals Großfürstliche Antheil an dem Herzogthume Holstein das Aequivalent für das Herzogthum Oldenburg bilden

---

[35]) Sammer, die Staatserbfolge der Herzogthümer Schleswig-Holstein S. 78 ff.

[36]) Man sehe die Urkunden in den Beilagen zu Sammer's Staatserbfolge der Herzogthümer Schleswig-Holstein.

[37]) Vergl. Kohli, Handbuch einer statistisch-historisch-geograph. Beschreibung des Herzogthums Oldenburg. I. Seite 47 ff.

Digitized by Google

sollte; jenes wurde unter solcher Bestimmung von dem Königl. Dänischen Mannsstamme, dieses gleichmäßig von dem Gottorfischen Hause angenommen. Hieraus ergiebt sich aber das in Rede stehende Rechsverhältniß von selbst. Es tritt der eine Territorialbestand vollkommen an die Stelle des anderen. Die Thronfolge für Oldenburg ist damit auf den ehemals Großfürstlichen Antheil an Holstein, die für das Großfürstliche, Gottorfische Holstein auf das Großherzogthum Oldenburg transferirt. Es würde dieses Rechtsverhältniß für das eingetauschte Surrogat auf jeder Seite schon zufolge einer rechtlichen Nothwendigkeit, nach bekannten Rechtsgrundsätzen über die Staatssuccession, die auch im Deutschen Reichsrechte [38]) positiv anerkannt und sanctionirt sind, sich von selbst ergeben; es ist dasselbe aber auch in den betreffenden Haus- und Staatsverträgen auf das bündigste und unzweideutigste stipulirt worden.

So lautet in dem zwischen dem Kaiser Paul von Rußland und König Christian VII. von Dänemark zu Zarsko-Selo am $\frac{\text{24. Mai}}{\text{1. Juni}}$ abgeschlossenen, zu Friedensburg den 2. und Zarsko-Selo den $\frac{13.}{24.}$ Juli desselben Jahres ratificirten Definitivvertrage der Art. XII. unter andern folgendermaßen:

„Wenn auch in dem Art. 28 des provisorischen Tractats declariret und bestimmet worden, daß, nach vollzogenem Austausch des Herzogthums Holstein gegen die mehrbenannten beyden Grafschaften, eben diejenige Successions-Ordnung der Lehens-Erben stattfinden soll, welche bishero in Ansehung des Herzogthums Holstein in der Gottorpischen Linie den Lehensrechten und Pactis Familiae gemäß beobachtet worden: so wiederholen beiderseits Höchste Contrahenten abermals hiedurch diese wahre und deutliche Absicht, daß nämlich die Grafschaften Oldenburg und Delmenhorst durch die festgesetzte Permutation gänzlich in die Stelle des Großfürstlichen Antheils an dem Herzogthum Holstein treten sollen."

In der Großfürstlichen Cessionsacte, d. d. Zarsko-Selo den $\frac{20.}{31.}$ Mai 1773, wird auch ausdrücklich erklärt, daß „Wir die beyden Grafschaften Oldenburg und Delmenhorst, nebst denen von Sr. Königlichen Majestät sonst bey diesem Tausch übernommenen Verbindlichkeiten, als ein Aequivalent gegen unsern Antheil des Herzogthums Holstein betrachten und entgegen nehmen."

Im Einklage hiermit enthält die Consens-Acte des Herzogs Friedrich August, Bischofs zu Lübeck, welche dem provisorischen Tractate beigefügt ward, unter andern dieses:

---

[38]) Reichsdep. Hauptschl. von 1803 §. 45; „— jedoch versteht es sich von selbsten, daß Familien-Successionsrechte von ausgetauschten Besitzungen auf die Entschädigungs- und eingetauschten Objecte übergehen." — Von einem Conflicte dieses dynastischen Rechtes mit der Landesgrundverfassung ist in unserem Falle auch keine Rede.

Digitized by Google

„Wir consentiren ferner als eventualiter Lehnsfolger für Uns, Unsern Prinzen und dessen sämmtliche Leibeserben in die verabredete Vertauschung des Herzogthums Holstein Großfürstlichen Antheils gegen die beiden Grafschaften Oldenburg und Delmenhorst, und soll es Uns und Unsern Erben, wenn solcher Tausch zur Wirklichkeit gekommen, niemahlen gestattet seyn, die mindesten Ansprüche an bemeldeten Antheil des Herzogthums Holstein zu machen, oder so lange ein männlicher Stamm des königlichen allerhöchsten Hauses vorhanden ist, eine Lehnfolge daran zu prätendiren, vielmehr begeben wir Uns und Dieselben aller Uns und Ihnen nach dem sonstigen Lauf der Dinge daran etwa zugefallenen jurium succedendi bündigster Maassen; wobei Wir Uns nur ausbedingen, daß dagegen die in dem Herzoglich Gottorpschen Hause bestehende Successions-Ordnung bei den Grafschaften Oldenburg und Delmenhorst wieder stattfinde."

Es ist der Großfürstlichen Cessionsacte vom $\frac{20.}{31.}$ Mai 1773 das Großfürstliche Holstein an den König und seinen Bruder, den Prinzen Friedrich, also den damaligen königl. Mannsstamm, und deren männliche Descendenz übertragen worden. Der König hatte im Jahre 1767, als der provisorische Tractat geschlossen ward, noch keinen Sohn; sein Bruder Friedrich war der Erbprinz. Die Worte der Cessionsacte lauten:

„Als cediren und übertragen Wir für Uns, Unsere Descendenten, Erben und sämmtliche Nachkommen hiemit und kraft dieses an Ihro Königl. Majestät zu Dänemark und Norwegen und Dero männliche Descendenten, wie auch eventualiter an Dero Herrn Bruders des Prinzen Friedrich Königl. Hoheit und Liebden, und Ihro männliche Posterité, Unsern bisherigen ganzen einseitigen und gemeinschaftlichen Anteil an das Herzogthum Hollstein und alle zu dem Hollsteinischen gehörige, davon abhangende oder dazu gerechnete Lande mit der Landes-Hoheit und allen Uns daran bisher zugestandenen Eigenthums- und Landesherrlichen Rechten, Gerechtsamen und Befugnissen, setzen auch Allerhöchstdieselben in die wahre und geruhige Possession desselben cum omnibus pertinentiis, dergestalt und also, daß Ihro Königl. Mäjestät zu Dänemark und Norwegen und Dero männliche Descendenten, wie auch eventualiter Dero Herrn Bruders des Prinzen Friedrich Königl. Hoheit und Liebden und Ihro männliche Posterité sothanen Unsern bisherigen Anteil an das Herzogthum Hollstein cum omnibus juribus et pertinentiis von nun an als Dero wahres und beständiges Eigenthum ansehen, damit, wie es mit andern Teutschen Reichs-Lehen üblich — — — nach Gefallen schalten und walten ꝛc."

Ein Rückfallsrecht ist bei der Cession nicht vorbehalten worden; im Gegentheile dieselbe ist, in Gemäßheit der geschlossenen Tractaten, für immer (à perpetuité) und zu „beständigem Eigenthum" geschehen. Von einem solchen Vorbehalte konnte ja auch für die Russische Linie die Rede nicht seyn, da sie Oldenburg als Aequivalent hinnahm und ein solches Rückfallsrecht

Digitized by Google

in Widerspruch gestanden hätte mit jenem durch die Hausverträge gewährleisteten Rückfallsrechte des Sonderburger Hauses, folglich eine rechtliche Unmöglichkeit war; denn das Russische Kaiserhaus wollte nicht blos für die Lebensdauer des königlichen Mannsstammes die Oldenburgischen Lande der jüngeren Linie seines Hauses zuwenden, sondern für immer, wie aus den Urkunden erhellet, welche selbst in dieser Beziehung eine specielle Garantie für die großherzogliche [39]) Linie enthalten.

Beide hohe Contrahenten, die königliche und die Gottorfische Linie, hatten ja vorher, wie wir oben urkundlich dargelegt haben, der Sonderburger Linie ihr vorbehaltenes Rückfallsrecht auf Oldenburg garantirt, in den feierlichsten Verträgen, deren Nichtachtung und Nichterfüllung den unerhörtesten Treubruch enthalten würde. Die königliche Linie konnte nicht mehr cediren und tradiren, als was sie selber hatte, und die Gottorfische nicht mehr erwerben, als was die königliche ihr zu übertragen vermochte. Das Recht des Cessionars ist nicht größer als das des Cedenten. In Bezug auf die königliche Linie, welche Oldenburg 1773 cedirte, gilt selbstverständlich die gemeine Rechtsregel: Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet. In Bezug auf die Gottorfische Linie, zunächst die erstgeborene oder Kaiserlich Russische und dann die drittgeborene oder Großherzogliche Oldenburgische, welche vermöge der Cession als Rechtsnachfolger an die Stelle der Königlich Dänischen getreten ist, die selbstverständliche Regel: Non debeo melioris conditionis esse, quam auctor meus.

Es sind dagegen die Herzoge der Sonderburgischen Linie bei diesen Verhandlungen und Verträgen von 1750 und 1773, wie die uns vorliegenden Acten ausweisen, als Theilnehmer und Mitcontrahenten nicht aufgetreten; sie haben jene Tauschverträge weder durch Consens- noch durch Renunciations-Acte anerkannt. Sie könnten, wenn nicht durch Staatsrecht und Staatspraxis, wie in Europa so namentlich auch in Deutschland, im Interesse der Völker und der regierenden Familien der Grundsatz festgestellt wäre, daß das Erbrecht des ehemaligen Landes auch für das Aequivalent gelte, mit vollem Recht sagen: Inter alios acta aliis nec nocent, nec prosunt. Ihr Successionsrecht würde also ungeändert und unverrückt fortbestehen. Wenn das Aequivalent ihnen nicht zufiele, so müßte eine Rescission jener Tauschverträge eintreten und ihnen den ursprünglichen Gegenstand ihres Erbfolgerechts wieder zuführen.

---

[39]) Auf die Proteste und Reservationen der zweitgeborenen, Schwedischen Linie des Gottorfischen Hauses in Ansehung der Nachtheile, die ihr aus der beständigen Cession Oldenburgs an die drittgeborne, jüngste Linie erwachsen können, braucht hier nicht weiter eingegangen zu werden, da es sich hierbei nur um ein Verhältniß innerhalb des Gottorfischen Hauses handelt. Vgl. Sammer a. a. O. S. 258 ff.

Digitized by Google

Während die kaiserlich Russische und die großherzoglich Oldenburgische Linie, da sie durch die geschlossenen Verträge unter einander und gegen die Königliche Linie in dieser Beziehung sich gebunden haben, nicht berechtigt sind, den Gottorfischen Antheil von Holstein zu beanspruchen, würde es von der freien Willensbestimmung der Herzoglich Sonderburgischen Linie abhängen, ob sie das ehemals großfürstliche Holstein als Aequivalent annehmen wollen, wenn nicht jene oben berührten, dem Willen der Contrahenten entsprechenden Grundsätze über die Erbfolge in Aequivalente zur Anwendung kämen.

Es darf hierbei nicht vergessen werden, daß jene Verhandlungen und Verträge in der Voraussetzung und mit dem Bewußtseyn zu Stande kamen, daß bei etwaigem Erlöschen des königlichen Mannsstammes das nächste Successionsrecht auch auf das übrige Holstein den Agnaten Sonderburgischer Linie gebühre. Es war zwar einmal, eben bei den Vergleichsunterhandlungen wegen der Grafschaften Oldenburg und Delmenhorst, dem Herzoge von Sonderburg-Plön die Proposition gemacht worden, daß der Herzog sich „der künftigen Succession in bona feudalia in den Fürstenthümern Schleswig-Holstein auf gewisse Maaße und Weise begeben, und Ihr jus succedendi, deficientibus heredibus masculis Regiis, an Ihro königl. Majestät transferiren und solchergestalt cediren wollten, daß Ihrer Königl. Majestät Descendentes utriusque sexus für Ihrer Durchlaucht und Deroselben Successores und Posterirende, im Fall durch Gottes Verhängnis die königliche Familie, Mann- und Fräulichen Geschlechts, gantz eingehen würde, ihr jus successionis vorbehalten und ungekränckt verbleibe." Es wurde die Proposition zu Kopenhagen im Jahre 1665 gestellt, da man eben am Dänischen Hofe mit der Normirung und der schließlichen Redaction der lex Regia beschäftigt war. Da aber der Herzog Johann Adolf, Namens seines Vaters, hierauf die Erklärung abgab, daß solches Zugeständniß jedenfalls von dem Consense der übrigen Herzoge des Sonderburgischen Hauses abhängen müsse: so ließ der König die Proposition fallen und später wurde sie auch nicht wieder aufgenommen. Im Gegentheil der folgende König Christian V. ließ noch im Jahre 1691 das von seinem Vater unter dem 24. Juli 1650 für Schleswig und für Holstein errichtete Primogeniturstatut Königlicher Linie durch seinen Geheimerath und Schleswig-Holsteinischen Kanzler A. P. von Liliencron dem Kaiser zur Bestätigung und Ausdehnung auf „die angestammeten Grafschaften Oldenburg und Delmenhorst" vorlegen. Und Kaiser Leopold hat unter dem 6. Juni 1691, als oberster Lehnsherr des Herzogthums Holstein und der Grafschaften Oldenburg und Delmenhorst, die erbetene Confirmation und Extension ertheilt, mittelst eines feierlichen Diploms, welches die

---

[10]) Vgl. v. Savigny, System des heutigen Röm. Rechts. III. S. 154.

Digitized by Google

confirmirte und auf Oldenburg extendirte Primogenitur-Ordnung, die sehr genau die agnatische Succession der männlichen Leibes-Lehns-Erben für Schleswig wie für Holstein anordnet, vollständig in sich aufgenommen hat. Die Sonderburgische Linie ist bekanntlich ein Nebenast des Königsstammes, sie besteht, der Gottorfischen Hauptlinie in Schleswig-Holstein gegenüber, als Nebenlinie der königlichen Hauptlinie, mit der sie den nächsten gemeinsamen Stammvater hat. Daß ihr daher bei dem Ausgange des königlichen Mannsstammes das nächste Folgerecht zusteht, das ist nach der in allen regierenden Fürstenhäusern Deutschlands geltenden Successionsordnung eine Selbstfolge. Diese Rechtsanschauung hat auch, wie actenmäßig constirt, jene Unterhandlungen zwischen Dänemark und Schweden, wie zwischen Dänemark und Rußland natürlicherweise beherrscht. Die Entsagungen auf die Gottorfischen Rechte und Ansprüche an die Schleswig-Holsteinischen Stammlande sind, mit Rücksichtnahme auf die demnächstigen Folgerechte des Sonderburgischen Hauses, nur zu Gunsten des Königlich Dänischen Mannesstammes erfolgt. „Auch [41]) liegt es ja in der Natur der Sache, daß die zwischen der Dänischen und der Gottorfischen Linie des Gesammthauses zu Stande gekommenen Verträge der Sonderburgischen Linie ihre Rechte gar nicht hätten entziehen können. Solche perfide Verträge hat aber auch das Gottorfische Haus gar nicht schließen wollen, und darin liegt der nächste rechtliche und thatsächliche Grund, weshalb die Renunciationen auf den Dänischen Mannsstamm eingeschränkt werden mußten, und wenn sie nicht bestimmt darauf eingeschränkt worden wären, doch dahin rechtlicher Weise interpretirt werden müßten."

Was aber das Rechtsverhältniß betrifft, auf dessen Erörterung es uns hier zunächst ankommt, nämlich das den Herzogen Sonderburgischer Linie bei dem Erlöschen des Dänischen Mannsstammes gebührende Successionsrecht auf das Herzogthum Oldenburg, so ist dieses wahrlich sehr klar und einfach. Wir halten die factische und rechtliche Sachlage für so einfach und einleuchtend, daß unseres Erachtens die Herzoge bei einer gerichtlichen Geltendmachung — mag man, wie man will, sich die Sache vor einem künftigen Reichsgerichte oder vor hohen Landesgerichten oder Deutschen Juristenfacultäten erörtert denken, — mit großer Sicherheit einer im Wesentlichen gleichen Entscheidung, wie der Reichshofrath im Jahre 1673 sie fällte, gewärtig seyn können.

Denn die Wahrheit, daß die zwischen Dänemark einerseits und Schweden und Rußland andererseits getroffene Uebereinkunft jene wohlerworbenen Erb- und Anfallsrechte des Sonderburgischen Hauses nicht hat alteriren können, ist an sich schon klaren Rechtens. Dazu kommt aber noch, daß jene Successionsrechte dem Sonderburgischen Hause durch die bündigsten Indem-

---

41) Michelsen, polem. Erörterung. I. S. 31.

Digitized by Google

nitäts=Verschreibungen und Versicherungs-Acten in Bezug sowohl auf den Definitivvertrag mit Schweden von 1750 als auf den Definitivvertrag mit Rußland von 1773 ausdrücklich wieder anerkannt und gewährleistet worden sind. Es liegen uns auch darüber die archivalischen Urkunden vor Augen. Die betreffenden Archivalien lehren, daß nach desfalls gepflogener Correspondenz unter den Herzogen Sonderburgischer Linie, der Herzog von Sonderburg=Plön im Jahre 1753, und nachdem die Plönische Speciallinie erloschen war, der Herzog von Sonderburg=Glücksburg, älterer Linie, im Jahre 1774, als Repräsentanten ihres Hauses, in dieser Angelegenheit Vorstellungen an den Dänischen Hof richteten. Es erging namentlich unter dem 8. März 1753 eine motivirte Vorstellung an den König, mit Bezugnahme darauf, daß von einer bevorstehenden Veränderung mit den Grafschaften Oldenburg und Delmenhorst verlaute, und mit summarischer Darlegung des dem herzoglichen Hause zustehenden Rechtes auf Eventualsuccession in Oldenburg nach den Erbvergleichen von 1671, dem Erläuterungs=Recesse von 1680 und dem Plönischen Vertrage von 1729, und mit dem Ersuchen um eine königliche Resolution, auf welche Art dem Herzoge und seinem Hause, falls es zu jener beabsichtigten Veränderung komme, am besten „zu prospiciren seyn möchte". Es wurde im Auftrage des Königs durch den Minister von Bernstorff geantwortet, daß den Gerechtsamen des herzoglichen Hauses allerdings „prospicirt" sey, unter abschriftlicher Mittheilung des betreffenden Artikels aus dem mit dem Thronfolger von Schweden unterm 25. April 1750 geschlossenen Definitivtractate, wonach das großfürstliche Holstein als Aequivalent für Oldenburg und Delmenhorst angenommen ist. Es wurde dabei dem Herzoge eröffnet, daß beide contrahirende Theile darüber einverstanden wären, daß die bevorstehende Cession von Oldenburg den Gerechtsamen des herzoglichen Hauses nicht präjudicirlich seyn sollte. Es sey bei der Uebereinkunft wegen Uebertragung der Grafschaften der eventuelle Rückfall auf die Sonderburgische Linie vorbehalten für den Fall, „daß Ihre Königl. Majestät Erbsuccessores in der Regierung und Leibes=Lehns=Erben ermangeln sollten". Allein der Herzog von Sonderburg=Plön beruhigte sich bei diesem Ministerialschreiben noch nicht, stellte vielmehr in einer abermaligen Immediat=Vorstellung an den König specielle Anträge zur Erlangung einer bestimmt formulirten königlichen Verschreibung und Versicherungs-Acte zur Wahrung der Rechte seines Hauses. Und solche Versicherungs=Acte ist auch sofort, in allen Stücken den herzoglichen Anträgen entsprechend, vom Könige Friedrich V. ertheilt worden. Es heißt in dieser Acte [42]), datirt von Christiansburg zu Kopenhagen, den 9. April, wörtlich so:

„Als versichern und declariren Wir hiemit für Uns und Unsere Königliche Successoren in den Königreichen Dänemark und Norwegen, daß die obenerwähnte zwischen Uns und des Kö-

[42]) Siehe unten Beil. IX.

nigs von Schweden Majestät mittelst des Definitiv-Tractats de anno 1750 eventualiter festgesetzte Vertauschung der Grafschaften Oldenburg und Delmenhorst gegen den fürstlichen Antheil von Holstein Unsers freundlich lieben Vettern Herzogs Friedrich Carl Liebden und dessen Männlichen Leibes-Lehns-Erben auf keinerlei Weise präjudicirlich seyn solle, und daß, wann nach des Allerhöchsten Schickung der in denen vorbemeldeten Vergleichen de annis 1671 und 1729 beregte Successions-Fall sich zutragen würde, und etwa die öfter erwähnte Einräumung der beiden Grafschaften Ihm oder Seinen fürstlichen Leibes-Lehns-Erben nach Ihm verweigert werden mögte, sodann Er oder Sie, bis sie zu dem ruhigen Besitz derselben gelanget, Sich an den von Uns inzwischen kraft mehrbesagten Definitiv-Tractats überkommenen fürstlichen Antheil von Holstein halten, solchen in Besitz nehmen, und daraus, unter Manutenenz Unserer Successoren in denen Reichen Dänemark und Norwegen, nicht ehender, als bis die Einräumung der Grafschaften wirklich geschehen, gesetzet werden sollen."

Es ist diese königliche Versicherung offenbar so bündig und praktisch bestimmt, daß es hier eines Commentars nicht weiter bedarf.

In Uebereinstimmung hiermit enthält auch ferner der zwischen dem König Christian V. zu Dänemark und dem Herzoge Friedrich Carl unterm 29. November 1756 geschlossene Plönische Successionsvertrag [43]) im Art. XV. folgende Stipulation:

„Gleichwie nun dieses pactum successorium denen vorher geschlossenen und zwischen dem königl. und fürstlichen Hause subsistirenden Tractaten, Verträgen, dem Herkommen und Compactatis, insonderheit wegen der Permutation der Grafschaften Oldenburg und Delmenhorst, getroffenen Vergleichen auf keinerlei Art und Weise derogiren oder einigen Eintrag thun soll, noch Ihro Königl. Majestät gestatten wollen, daß es von den Ihrigen geschehe ꝛc."

Diese Actenstücke zeigen zur Genüge, wie es den anderen Linien des Oldenburgischen Hauses gar nicht in den Sinn kam, die eventuellen Rechte des Sonderburgischen Hauses auf Oldenburg zu bestreiten und zu verletzen. Der ängstlichen, man könnte fast sagen, der überängstlichen Vorsicht der Plönischen Linie gegenüber trug man kein Bedenken, das noch ausdrücklich anzuerkennen, was offenbar nicht erst der Anerkennung bedurfte: daß Verträge nur zwischen den Contrahenten, nicht aber gegen Dritte wirken. Von diesem Gesichtspunkte nur sind denn auch die späteren Verträge von 1767 und 1773 zwischen der königlich Dänischen und der kaiserlich Russischen Linie zu betrachten, welche, was die Schwedische Linie nur bedingt versprechen konnte, wirklich ausführten: den Austausch Oldenburgs gegen das großfürstliche Holstein.

Und nachdem die Plönische Speciallinie des Sonderburgischen Hauses im Jahre 1761

[43]) Beil. X.

Digitized by Google

ausgestorben und es im Jahre 1773 zur Cession des Herzogthums Oldenburg an die jüngere Linie des Gottorfischen Hauses gekommen war, da ersuchte, nach vorheriger Verständigung mit seinen Vettern, nunmehr der Herzog von Sonderburg-Glücksburg (älterer Linie), zur Wahrung der Rechte und des Interesses seines Hauses, den König Christian VII. um eine neue Erklärung wegen der Permutation von Oldenburg und Delmenhorst gegen den bisher Gottorfischen Antheil von Holstein; worauf der König, d. d. Christiansburg zu Kopenhagen, den 21. Januar 1774, eröffnete [44]): „daß gedachte Grafschaften nur dem männlichen Stamme des Herzoglich-Holstein-Gottorpischen Hauses, und zwar ausdrücklich als ein Teutsches Reichslehn übertragen, auch dabei zum Grundsatze angenommen sey, daß mehrbesagte Grafschaften durch die festgesetzte und jetzt vollzogene Permutation gänzlich in die Stelle des großfürstlichen Antheils am Herzogthum Holstein treten sollen, wodurch allen möglichen Besorgnissen für die Zukunft hinreichend vorgebauet und prospiciret ist".

Da aber Kaiser Paul von Rußland, als Repräsentant des Gottorfischen Hauses und zunächst der älteren Linie desselben, im Jahre 1773 die Grafschaften Oldenburg und Delmenhorst, das jetzige Großherzogthum Oldenburg, an die jüngere Linie, die jetzt Großherzoglich Oldenburgische, „zu ewigen Tagen" und unbedingt abgetreten und ihr diesen Besitz zu garantiren versprochen hat: so wäre folgeweise für das Sonderburgische Haus, und zunächst für die Herzoge von Augustenburg, als die ältere Linie desselben, die Succession in das Aequivalent für Oldenburg, das großfürstliche Holstein, nur alsdann eine unsichere, wenn überhaupt in diesen Dingen Gewalt an die Stelle des Rechts treten würde [45]).

Hiernach ist evident: das Sonderburgische Haus, also zunächst die Augustenburgische Linie als die erste, und sodann die Beck'sche (jüngst nach dem Schlosse Glücksburg titulirte) als die zweite Linie, wäre bei Erlöschen des königlich Dänischen Mannsstammes sowohl nach agnatischem Rechte, als nach reichsgerichtlichen Erkenntnissen und nach den Hausverträgen zur Succession in Oldenburg berechtigt, wenn die Aequivalenterbfolge nicht Statt fände.

Der nunmehr Erstgeborne der Augustenburgischen als der älteren Linie, Herzog Fried-

---

[44]) Beil. XI.

[45]) Offenbar ganz richtig sagt Herr Professor Dr. Hälschner in seiner neulich erschienenen Schrift über „das Recht Deutschlands im Streite mit Dänemark" (Bonn 1863) S. 49 u. 50: „Der Kaiser von Rußland kann die Gottorfischen Gebiete Holsteins nur zurückfordern, indem er das dafür empfangene Aequivalent, das Großherzogthum Oldenburg, dem legitimen Herzoge von Holstein zurückgiebt. Dies aber ist schon 1771 dem jetzt in Oldenburg regierenden Hause unbedingt und „zu ewigen Tagen" übertragen worden." — — „Dazu kommt, daß es keineswegs ein reiner Akt des Wohlwollens und der Gnade war, wenn Kaiser Paul Oldenburg der jüngeren Gottorfischen Linie übertrug, denn diese hatte nach der Russischen die nächsten Erbansprüche an den Gottorfischen Antheil von Holstein, dessen Aequivalent Oldenburg beim Vertrage von 1773 bildete."

Digitized by Google

rich VIII. von Schleswig-Holstein, hat in seinem Regierungsantritts-Patente vom 16. November 1863 (nachdem sein Vater, Herzog Christian August von Schleswig-Holstein-Augustenburg, verzichtet hatte) jetzt als Herzog von Schleswig-Holstein sein Regierungsrecht über das ganze Herzogthum Holstein in bestimmtester Weise ausgesprochen.

Solches entspricht vollkommen der gegebenen Sachlage und der geltenden Successionsordnung, seitdem im Jahre 1773 eine Wiedervereinigung und Consolidation aller Bestandtheile des Territoriums in Einer Hand glücklich zu Stande gebracht und nach langwierigen Unterhandlungen und schmerzlichsten Erfahrungen die mittelalterliche, den heutigen Grundsätzen der Einheit und Untheilbarkeit des Staats widersprechende Landeszerstückelung endlich überwunden war. Auch war 1786 im Einverständnisse des Lehnsherrn und der Vasallen die alte, mit den Landestheilungen wesentlich in Verbindung stehende Belehnung auf die einzelnen Antheile und auf die gesammte Hand förmlich aufgehoben und die alleinige und einfache Belehnung an die Stelle gesetzt worden, und zwar, um die angestammten Rechte aller successionsberechtigten Agnaten zu wahren und zu sichern, unter der ausdrücklichen Bestimmung: nach Maaßgabe der Belehnung Christian's I. als des ersten Erwerbers[46]). Die Investitur von Seiten des Kaisers erfolgte fortan auf das gesammte Territorium, welches nun als staatsrechtliches und politisches Ganze hervortrat, mitsammt seinen integrirenden Bestandtheilen und zugehörigen Pertinenzen. Somit war für die reine und volle Geltung der Erstgeburtsfolge, welche den Hausgesetzen und der Observanz in allen Linien des Oldenburgischen Regentenhauses gemäß ist, auch formell der Rechtsboden geebnet und befestigt. Diese einfache und sichere Primogeniturordnung, welche gegenwärtig in allen deutschen Bundesstaaten die Thronfolge bestimmt[47]), ist nunmehr auch, da mit dem Ableben König Friedrich's VII. die bisherige Hauptlinie im Mannsstamme ausgestorben, folglich die bisherige erste Nebenlinie zur Hauptlinie geworden ist, durch den Regierungsantritt Sr. Hoheit Herzogs Friedrich VIII. von Schleswig-Holstein ordnungsmäßig in Anwendung getreten.

[46]) Man vergl.: „Widerlegung des gegen das Herzoglich Augustenburgische Successionsrecht auf Schleswig Holstein aus dem vorzeitigen Institute der gesammten Hand hergenommenen Einwandes.“ Gotha 1863.

[47]) Vgl. B. W. Pfeiffer, über die Ordnung der Regierungs-Nachfolge in den monarchischen Staaten des teutschen Bundes. Cassel 1826.

Digitized by Google

§. 5.

Schluß.

Aus der in dem Vorhergehenden gegebenen Darstellung, die sich durchweg auf archivalische Urkunden und Acten stützt und aus dem vorhandenen archivalischen Material leicht vervollständigt werden kann, liegt demnach, bei unbefangener Auffassung und unpartheiischer Beurtheilung der Sache, für jeden Einsichtigen unstreitig als Ergebniß klar zu Tage;

I. daß der vormals Gottorfische oder Großfürstliche Antheil des Herzogthums Holstein, jetzt nach Erlöschen des Königlich Dänischen Mannsstammes, mit dem übrigen Holstein dem Regierungsrechte der Augustenburgischen als der erstgebornen Linie unterliegt;

II. daß das Gottorfische Haus, und zunächst die kaiserlich Russische Linie, so lange das Sonderburgische Haus im Mannsstamme blüht, auf Holstein gar keinen Successionsanspruch erheben kann.

Digitized by Google

Digitized by Google

Urkundliche Beilagen.

Digitized by Google

Digitized by Google

I.

Gedrucktes Patent des Herzogs Joachim Ernst zu Sonderburg-Plön an die Ritterschaft, Städte und Eingesessenen in Oldenburg und Delmenhorst zur Kundmachung seiner legitimen Succession in die Grafschaften. 25. Juni 1667.

Von Gottes Gnaden, Wir Joachim Ernst, Erbe zu Norwegen, Hertzog zu Schleßwig Holstein, Stormarn undt der Ditmarschen, Graff zu Oldenburg undt Delmenhorst ꝛc.

Entbieten denen WolEdlen, Edlen, Ehrbahren, Weisen undt Ehrsamen, denen von der Ritterschafft, Ständen, Städten, Einwohnern undt Eingesessenen der Graffschafften Oldenburg undt Delmenhorst Unsere Gnade, Gruß undt alles Guts, undt zweiffelt Unß nicht, Euch allerseits sey unverborgen undt wissend, oder da Ihr dessen keine Wissenschafft habt, notificiren undt geben Wir Euch hiermit zu wissen, daß Wir undt der Weilandt Hochgeborne Graff, Herr Anthon Günther, Graff zu Oldenburg undt Delmenhorst, Herr zu Jevern undt Kniphausen, Unser in Gott ruhender freundlicher geliebter Vetter und Gevatter, hochsehligen angedenckens, beyderseits alß Abnepotes von Graffen Dieterichen zu Oldenburg undt Delmenhorst, herabstammen, alß eines Geschlechts den Titul undt Wapen der Graffschafften zugleich führen, unter einander im Fünfften Grad der Agnation undt Sippschafft gleicher Linie verwandt, Wir Dero hochseligen Liebden eltister und nehister Lehns-Agnat undt Vetter sein, undt deme einfolglich durch Deroselben tödtlichen Abgang die Graffschafften auf Unß, alß Dero eintzigen nechsten lehnsfolgenden Successoren undt Erben, ex pacto et providentia majorum, nach Erbgangsrecht mit der That undt würcklich devolvirt undt verstammet, wie dann auch die Röm. Kayserl. Mayestät intuitu undt wegen so gestallter nehisten undt eltisten Sippschaft undt Agnation nicht weniger Unß alß die Königl. Würden zu Dennemarck, Norwegen ꝛc. undt das Fürstl. Hauß Holstein-Gottorff mit der Expectantz undt Anwartung der Graffschafften allergnädigst beneficirt undt mittelst deren Ertheilung Unsere ex proximioritate sanguinis ac agnationis Unß competirende, in den Lehn- undt allen sowol göttlichen alß natürlichen undt gemeinen civil Rechten wolbegründete Succes-

fions Befugniß confirmirt. Allermaßen Wir nun in Krafft dieses, so bald Wir des leidmüthigen Todesfalles Sr. hochsehligen Liebden benachrichtiget worden, die Possession der also auf Unß verfällten Graffschaften zu nehmen undt dieselbe würcklich anzutreten Unß billig resolvirt: Also versehen Wir Unß zu Euch, alß getrewen Patrioten undt Eingesessenen der Graffschafften, Ihr werdet Euch an Unß, alß Ewren rechtmeßigen angebornen Landesherrn, zu halten, Unß dafür zu erkennen undt gegen Unß aller Gebühr zu bezeigen, an andere Herrschafft aber zu hengen undt mit einigen Pflichten Euch verwandt zu machen allerdings Euch zu enthalten gentzlich geneigt seyn. Auf unverhofften Fall eines Widrigen wollen Wir solchem alß ungültig undt nichtig hiermit per expressum contradicirt undt dawider mit feyerlichster Reservirung Unserer jurium quam solennissime undt in optima forma protestirt haben, Euch allerseits sonsten mit Gnaden undt gutem geneigten Willen wollbeygethan undt gewogen bleibend. Geben auf Unserm Hause Plöen den 25. Junii Anno 1667.

Joachim Ernst.

II.

Reichshofraths-Conclusum vom 20. Juli 1673, welches Sonderburg-Plön die Lehnsfolge in Oldenburg und Delmenhorst zuerkennt.

Extractus Protocolli rerum relatarum.

In Sachen Holstein-Plöen 2c. contra Hollstein-Gottorff 2c., die Oldenburgische Succession betreffend.

Jovis, 20. Julii 1673.

Oldenburgische Successions-Sache.

Absolvitur Relatio et Conclusum:

Fiat Sententia, daß Herrn Clägern die Lehensfolge in beeden Graffschafften Oldenburg und Delmenhorst gebühre, Herr Beklagter hingegen seinen daran inhabenden Theil una cum fructibus perceptis et percipiendis, nec non Expensis, nach Richterlicher Ermeßigung, sub termino duorum mensium et poena decem marcarum auri abzutreten und zu restituiren schuldig, auch die zu Renßburg Anno 1649 den 16. Aprilis aufgerichtete Pacta (so viel die Lehen betrifft) sambt der hierüber per sub- et obreptionem ausgewürckten Confirmation zu cassiren und aufzuheben sey.

Franz Martin Menßhengen.

Digitized by Google

III.

Gedrucktes Patent König Christian's V. zur Förderung der Execution wider das Haus Gottorf wegen der Succession des Hauses Plön in Oldenburg und Delmenhorst. 22. April 1676.

(Nach einem originalen Exemplar.)

Wir Christian der Fünfte, von Gottes Gnaden König zu Dennemarck, Norwegen, der Wenden und Gothen, Hertzog zu Schleßwig, Holstein, Stormarn und der Dithmarschen, Graff zu Oldenburg und Delmenhorst ꝛc., Entbieten und befehlen allen und jeden unsern Civil und Militair Bedienten auch sämptlichen Unterthanen unserer Graffschaften Oldenburg und Delmenhorst, und davon dependirenden Landen, daß, nachdeme Ihre Kaiserl. Mayestät und Lbd. die Execution der fürlängst zu Faveur des Fürstl. Hauses Holstein-Plön contra das Fürstl. Hauß Holstein-Gottorf wegen der Succession. in besagten Graffschafften und darzu gehörigen Stücken abgesprochene Sententz, des Hertzogen zu Braunschweig Lüneburg Zell Lbd. aufgetragen, welcher auch dieselbe willig übernommen, und also Seine subdelegirte Commissarios nach den Grafschaften, solche Executions-Commission daselbsten zu verrichten, abgefertiget, besagte unsere Bediente und Unterthanen sich denselben und dem mitkommenden Fürstl. Holstein-Plönischen Gevollmächtigten in solcher Verrichtung keineswegs opponiren, sondern vielmehr dieselbe aller Orten williglich einlassen, und da es die Noth erfordern sollte, Ihnen auf deren Begehren mit aller müglichen Assistentz an Hand gehen sollen, Wobey Wir uns jedoch mit dem Fürstl Hause Holstein-Plöen verglichen, daß die Einnehmung der Huldigung gewisser Ursachen halber bis auf weitere Verordnung ausgestellet werden solle. Uhrkundlich unter unserm Königl. Handzeichen und fürgetrücktem Secret-Insiegel. Geben auf unser Residentz zu Coppenhagen den 22. Aprilis Anno 1676.

Christian. (L. S.)

IV.

Gedrucktes Patent des Herzogs Johann Adolf zu Sonderburg-Plön wegen der Cession der Grafschaften Oldenburg und Delmenhorst an König Christian V. und seine Lehnserben. 22. Juni 1676.

(Nach einem authentischen gedruckten Exemplar.)

Von Gottes Gnaden, Wir Johann Adolf, Erbe zu Norwegen, Hertzog zu Schleßwig Holstein, Stormarn und der Ditmarschen, Graff zu Oldenburg und Delmenhorst ꝛc. vor Uns

Digitized by Google

und in Volmacht unserer freundlichen lieben Herren Brüdere, der Durchlauchtigen Fürsten, Herrn Augusti und Herrn Joachim Ernstens, Erben zu Norwegen, Hertzogen zu Schleswig, Holstein, Stormarn und der Ditmarschen, Graffen zu Oldenburg und Delmenhorst rc., auch unserer allerseits Erben, Thun kund hiermit und entbieten allen und jeden Civil und Militair Bedienten, geistlichen und weltlichen Standes, auch sämbtlichen Unterthanen der Graffschafften Oldenburg und Delmenhorst und davon dependirenden Landen unsern gnädigen Gruß, und ist Euch allerseits wol wissend, was Gestalt der Allerdurchleuchtigste Großmächtigste Unüberwindlichste Fürst und Herr, Herr Leopold der Erste, erwehlter Römischer Kaiser, zu allen Zeiten Mehrer des Reichs, in Germanien, zu Hungern, Boheim, Dalmatien, Croatien und Slavonien König, Ertzhertzog zu Österreich, Hertzog zu Burgund, Brabandt, Steyer, Kärndten, Krain und Würtenberg, Graff zu Tyrol, unser allergnädigster Herr, die zwischen unserm Fürstl. Hause und der Fürstl. Holstein Gottorfischen Linie viele Jahr geschwebte schwere Streitigkeiten wegen Succession der Graffschafften Oldenburg und Delmenhorst nicht alleine durch eine für Unß obsieglich ausgefallene Sententz entschieden, sondern auch durch dero hochansehnliche subdelegirte Commissarios solche Urtheile den 22. und 24. jüngst verwichenen Monats Mai zur Execution bringen, Euch der bisher vermeintlich getragenen Fürstl. Holstein Gottorffischen Eyde und Pflichten aus Kayserl. Mayestät entbinden, und mit gehöriger Treue und gehorsamer Unterthänigkeit an Uns als mitregierende rechtmäßige Landesherrschafft überweisen et consequenter Uns in den Mitbesitz obenberührter Lande würcklich einsetzen lassen, wie Ihr dasselbe mit mehrem theils aus der Kaiserl. subdelegirten Herren Commissarien mündlichen Vortrag theils aus dero publicirten Executions-Patente [45]) werdet vernommen haben. Wann Wir nun seithero reiflichen erwogen, was Ungelegenheit und Irrungen oft bey Communion-Regierungen entstehen, auch dahero merklich verspüret, daß mehrerwehnten Graffschaften nicht füglicher dann durch eine alleinige Regierung wieder geholfen werden könne, alß haben wir gegen gewisse verglichene Satisfaction obhöchstermeldter Ihrer Königl. Mayestät dem Durchleuchtigsten Großmächtigsten Fürsten, Herrn Christian dem Fünfften, König zu Dennemarck, Norwegen, der Wenden und Gothen, Hertzogen zu Schleßwig, Holstein, Stormarn und der Ditmarschen, Graffen zu Oldenburg und Delmenhorst rc. Unserm hochgeehrten Herrn Vetter, Dero Königl. Erb-Successoren

---

[45]) Die gedruckten Executionspatente, datirt zu Oldenburg vom 22. und zu Delmenhorst vom 24. Mai 1676, unterzeichnet August Grote Subdelegatus und Henrich Speyrmann D. Mit-Subdelegirter, weisen unter Berufung auf die Kaiserlichen Urtheile vom 20. Juli 1673, vom 14. September 1674 und 23. Januar 1676 und nach einem kurzen Bericht über den ganzen Rechtsgang der Sache, die Unterthanen an die „Fürstlichen Lehns-Erben und Söhne“ des verstorbenen Herzogs Joachim Ernst zu Plön und deren „Lehnsfolger“, als ihre rechtmäßige Landesherrschaft, zur gebührenden Homagialpflicht und Unterthänigkeit.

Digitized by Google

in der Regierung und Lehens=Erben dieses halbe Antheil der beeden Graffschaften Oldenburg und Delmenhorst sambt darzu gehörigen Stücken, so Uns und Unsern Herrn Gebrüdern durch Kaiserl. Urtheil zuerkannt, auch durch darauf ergangene Execution würcklich eingeräumet worden, mit gutem Wissen und freyen Willen cediret, übertragen und abgetreten, auch für Uns und Unsere Mitbeschriebene Uns allen Rechts und Anspruch daran begeben und renunciiret, also daß Ihre Königl. Mayestät und dero Erb=Successores und Lehens=Erben solchen Antheil nicht weniger als den vorhin schon gehabten, mit allen Hoheiten, Juribus und Gerechtigkeiten, wie die vorige Graffen dieselbe besessen, besitzen, genießen und beherrschen sollen, so lange von Ihrer Höchstseligsten Mayestät weyland König Friedrich dem Dritten zu Dennemarck, Norwegen rc. descendirende Leibes=Lehns=Erben vorhanden seyn werden, dann auf deren gänzlichen Abgang, welchen Gott verhüte, Uns, Unseren Herren Gebrüdern und Erben das jus successionis vorbehalten bleiben soll. Ergehet dahero an Euch samt und besonders unser gnädiges Begehren und Befehl, vorhöchsterwehnte Ihre Königl. Mayestät für Ewren alleinigen gnädigsten Landesherrn zu erkennen, und denoselben alles dasjenige getreulich und unterthänigst zu prästiren, was Ihr vermöge der Kayserl. Sententz und darauf erfolgten Execution, auch angelobten Gehorsams und Eurer angebornen unterthänigsten Pflicht Uns und unserer Herren Brüder Ld. Ld. in Unterthänigkeit zu leisten schuldig seyd. Daran verrichtet Ihr die Gebühr, auch was zu Aufnahmb Eures Vaterlandes gereichet, und wir verbeiben Euch dahingegen mit Gnaden jederzeit wohl zugethan. Unter unsrer Fürstl. Hand und Siegel. Coppenhagen den 22. Juni Anno 1676.

Hans Adolff.

V.

Erläuterungs-Receß über die Oldenburgischen Erbvergleiche von 1671, 20. Mai und 4. Juni 1680.

Wir Christian der Fünfte von Gottes Gnaden König zu Dennemarck, Norwegen, der Wenden und Gothen, Hertzog zu Schleswig, Holstein, Stormarn und der Dithmarschen, Graff zu Oldenburg und Delmenhorst rc. für Uns, Unsere Erb=Successores in der Regierung und Lehns=Erben, thun kundt hiemit: Nachdem bewandten Umbständen nach eine Nohtdurft erachtet worden, mit dem hochgebohrnen Fürsten, Unserm freundlichen lieben Vetter, Herrn Johann Adolphen, Erben zu Norwegen, Hertzogen zu Schleswig, Holstein, Stormarn und der Dithmarschen, Graffen zu Oldenburg und Delmenhorst rc. über Erläuterung derer, mit Ihro Lbd. hochsel. Herrn Vaters Lbd. wegen der Graffschafften Oldenburg Delmenhorst, vormahls getroffenen

Digitized by Google

Verträge, gewisse tractaten zu pflegen und dann Unsere zu solchem Ende verordnete königl. Ministri, mit dem hierzu committirten fürstl. Holstein-Plönischen Rahte, nachgesetzten Recess verabredet und zu Papier gebracht, wie folget:

Zu wissen: Als vormahls zwischen dem Durchlauchtigsten Großmächtigsten Fürsten und Herrn, Herrn Christian dem Fünften, Könige zu Dennemarck Norwegen, der Wenden und Gothen, Hertzogen zu Schleswig, Holstein, Stormarn und der Dithmarschen, Graffen zu Oldenburg und Delmenhorst, und dann zwischen dem weil. Durchlauchtigen Fürsten und Herrn, Herrn Joachim Ernsten, Erben zu Norwegen, Hertzogen zu Schleswig, Holstein, Stormarn und der Dithmarschen, Graffen zu Oldenburg und Delmenhorst, zwey Vergleiche sub dato Copenhagen den 18. Martii Anno 1671 getroffen worden, nunmehro gewisser Uhrsachen halber, dieselbe in einem oder andern Punkten zu erläutern nöhtig gefunden; So ist zwischen Allerhöchstgedachte Ihro K. M. zu Dennemarck, Norwegen und dann obhochermelter Ihr fürstl. Durchl. Herrn Sohne, dem auch Durchlauchtigen Fürsten und Herrn, Herrn Johann Adolff, Erben zu Norwegen, Hertzogen zu Schleswig, Holstein, Stormarn und der Dithmarschen, Graffen zu Oldenburg und Delmenhorst ꝛc. als Majore domus et Haerede primario, durch Uns von königl. und fürstl. Seite hierzu deputirte und Endes unterschriebene Commissarios nachfolgender Receß auf vorhergehende reiffe Erwegung verabredet und geschlossen worden. Nemlich:

Zum ersten: Weil man bei vormaliger Extrahirung der Kais. Confirmationen über die von J. F. Durchl. zu Schleswig, Holstein Plön an J. K. M. zu Dennemarck Norwegen, gethane Cessiones der Graffschafften Oldenburg und Delmenhorst nicht rahtsam befunden, die darüber errichtete und oben erwähnte beede Verträge integraliter zu produciren oder public zu machen, sondern zu dessen Vermeidung und sothane Verträge aufs beste zu secretiren, zwei anderweitige Fürstl. Holstein-Plönische Documenta cessionis, in meris terminis generalibus, und zwar, nach Gelegenheit der Zeiten, mit jüngern Datis, nemlich unter dem 30. Martii 1671 und unter dem 22. Junii Anno 1676 ausgefertiget, am Kayserl. Hoff producirет und darauf die Kais. Confirmationes et Investitura gebeten und erhalten worden, diese wohlbedachtlich gebrauchte jüngere data aber hinkünftig leicht Irrung erregen, oder die Gedanken erwecken könnten, als wenn durch sothane jüngere et generalia documenta cessionis, denen vorigen älteren Haubt Verträgen in etwas derogiret oder von deren Einhalt abgegangen sey: als wird, zu Verhütung dergleichen Mißverstandes und irriger Deutung von beeder, sowohl Königl. als Fürstl. Holstein Plönischer Seite, hiemit solemniter declariret, und expresse bedungen, daß angeregte beede, unter jüngeren datis et in terminis generalibus ausgefertigte documenta cessionis, denen vorher aufgerichteten beeden Haubt- und special-Verträgen in keinem eintzigen Punckte sollen abträglich oder nachtheilig seyn, sondern berührte beede Haubt-Verträge, in allen und jeden Stücken, in specie was die auf tödtlichen Abgang der Königl. oder Fürstl. Holstein Plönischen

Digitized by Google

Linie reservirte, und in beeden pactis specificirte casus successionis reciprocos belanget, bei voller Macht und Gültigkeit verbleiben, nicht anders, als wann solches von Wort zu Wort in den beeden jüngeren Cessions-Documentis wäre wiederholet und durch die darüber erhaltene Kaiſ. Confirmationes specialiter bestärcket worden.

Zum andern. Weil Ihro F. Durchl. und Dero Fürstl. Hauses Interesse, so wohl zu vindicirung der Ihro per sententiam Caesaream zuerkannten fructuum, als propter reservatum ius eventuale successionis, darin beruhet, daß der Graffschafften Pertinentien und jura nicht zerrißen, sondern ungeschmählert beibehalten werden, als haben Ihro F. Dchl. Sich dahin erboten und versprochen, erbieten Sich und versprechen auch nochmahls hiemit, daß Sie die ex sententia Caesarea, in specie auf Stad- und Buttjadinger Land, sambt den Weser-Zoll, als Pertinentz-Stücken der Graffschafft, imgleichen wieder die Herren Allodial-Erben, erlangte und an Ihro K. M. transferirte jura, an benöhtigten Ohrten, aufs beste fürstellen, gestalten Dingen nach, sowohl judicialiter, als extrajudicialiter deduciren, und in Entstehung der Güte, durch Uebernehmung und Vollenführung des Processus, allen Fleiß anwenden wollen, damit besagtes Land und Zoll-Regal bey den Graffschafften, als ein inseparabile pertinens ungeschmälert verbleiben und wieder die schädliche, durch das Fürstl. Haus Holstein Gottorff, intendirte separation beibehalten, auch die übrige jura wieder besagte Herren Allodial-Erben manuteniret werden mögen.

Zum Dritten. Dahingegen versprechen J. K. M. daß Sie, zu obigen Behuff J. F. Dchl. nicht allein mit allen guten Beyraht, fleißiger Communication, auch Mittheilung dienlicher Nachricht und Documenten aus den Archivis und sonsten vertraulich an Hand gehen zu lassen, sondern auch selbst Ihres Ohrts, auf alle vermögliche Weise, zu glücklicher Erreichung obig vorgesetzten Zwecks, judicialiter, et extrajudicialiter, cooperiren und also J. F. Dchl. hierinnen bestens assistiren wollen

Allermaßen J. K. M. ferner die freundvetterliche Zusage thun, J. F. Dchl. noch habende Praetension wieder das Fürstl. Haus Holstein Gottorff in puncto restituendorum fructuum et expensarum, am Kayserl. Hoff, oder wo es sonst thunlich, unter der Hand zu secundiren, damit diese Zwistigkeit, zu Beruhigung des gesambten F. Hauses Holstein, ehestens vollends zur Richtigkeit komme, und absonderlich die aus Stad- und Buttjadinger Land sambt dem Weser-Zoll, durch Holstein-Gottorff erhobene und zu erheben gestandene fructus nebenst den übrigen Intraden der beeden halben Graffschafften J. F. Dchl. zu Holstein-Plön adjudiciret werden mögen; gestalt J. K. M. auch, daferne hierüber eine Kayserl. Execution contra Holstein-Gottoff ergehen sollte, dieselbe nicht allein nicht zu hindern, sondern auch die empfangende Requisitoriales vielmehr zu facilitiren erböthig sind.

Zum Vierten. Versprechen J. K. M., daß Sie alle, sowohl zu Versuchung der Güte, als

Digitized by Google

Zum Vierten. Versprechen J. K. M., daß Sie alle, sowohl zu Versuchung der Güte, als Vollenführung des Gerichtlichen Processus, J. F. Dchl. zu wachsende Unkosten, wegen Canzeley-Gebühren, Correspondentien, Verschickungen, Zusammenkünften und anderer Ausgaben über sich nehmen, zu rechter Zeit, ohne Verzug anschaffen und zahlen lassen, und also J. F. Dchl. derhalben frey von aller Beschwerde halten wollen. Im Fall auch hocherwähnte J. F. Dchl. und dero fürstl. Hauß, durch Holstein-Gottorff oder andere hierbey interessirte Partheyen directe oder indirecte solten angefeindet werden, wollen J. K. M. alsdann J. F. Dchl. und dero fürstl. Hause allen möglichen Schutz und nachdrückliche Assistentz zu leisten nicht ermangeln.

Zum Fünften. Ob nun wohl Ihr F. Dchl. alles droben ermelte zu der Graffschafften Besten, wohlmeinentlich übernommen, oder auch schon hernachmahls, zu Facilitirung der Sachen gegen den Wiederpart, in oder ausserhalb Rechtes, Sich gar vernehmen ließen, als wenn Sie, erwehnte Pünckte zu J. K. M. Nutzen, in Richtigkeit zu bringen, Rechtswegen und vermöge getroffener Verträge verbunden wären, bedingen doch Ihr F. Dchl. hiermit feierlichst, daß alles dergleichen, was für event es gewinnen möge, Ihr, Ihren Erben und Nachkommen nimmer und auf keinerlei Weise, zu einigem Nachtheil oder Präjuditz angerechnet oder allegiret, vielwenicher dahin ausgedeutet werden solle, als wann Ihr F. Dchl. Sich zu einiger Evicion, oder Gewährschafft vorberührter Lande oder jurium, ipso facto vel proprio asserto obligat erkandt. Mit welcher Reservation J. K. M. auch Ihres hohen Ohrts allerdings friedlich sind, und darneben für Sich, Dero Erb-Successores in der Regierung und Lehns-Erben hiemit die feste Versicherung und Versprechung thun, daß allesjenige, was J. F. Dchl. Dero Erben und Nachkommen hierunter, und sonsten, den Graffschafften zum Besten, über sich zu nehmen, und zu tentiren erbötig, (obschon der Sache Success und Ausgang nach Wunsch nicht erfolget oder auch der Process ex facto iudicis oder anderer Zufälle halber, dergestalt ins stecken geriete, daß er entweder gar nicht, oder doch nicht sobalde zur Endschaft gebracht werden könnte, dennoch) Ihr F. Dchl. Dero Erben und Nachkommen, nimmer zu einiger Beschwerde, Schaden oder Verantwortung solle mißdeutet, viel weniger Ihr und Ihren Mitbenandten, um deswillen oder unter andern Schein, eine Rechts-Schuldigkeit praestandae evictionis aut reddendi pro rata pretii, noch einich ander praejudicium affingiret oder aufgebürdet werde, damit Ihro F. Dchl., Dero Erben und Nachkommen derowegen auf alle Fälle, frey und sicher bleiben können.

Zum Sechsten. Versprechen J. K. M. die aus den vorigen Haupt-Verträgen noch restirende Einmahlhundert Tausend Reichsthaler in specie, sambt denen, von Anfang des Eintausend Sechshundert Sechs und Siebenzigsten Jahres, verfallenen und auf fünfftehalb pro Centum gerechneten Zinsen Ihr F. Dchl. nunmehro ohne Verweigerung oder Exception annehmlich vergnügen zu lassen, wie dann J. K. M. dero Rent-Cammer zu solchen Behueff bereits allergnädigsten Befehl beigeleget, wessen nun wohlgeb. Königl. Rent-Cammer, sowohl über dieses Ca-

Digitized by Google

pital und dessen Zinsen, als sonsten wegen völligen Schlusses des Norburgischen Güter-Taxtes, item wegen der, an Fürstlich Holstein-Plönischer Seite, in denen vormahls überwiesenen Segebergischen Gütern, angegebenen Mangelposten, Sich mit J. F. Dchl. oder dero Gevollmächtigten vergleichen wird, dasselbe soll so gültig und bündig seyn, als wann es gegenwärtigem Recesse von Wort zu Wort einverleibet stünde.

Zum Siebenden. Was den punctum Homagii et dotis, desgleichen die Regulierung der Reichs- und der Crayß-Steuern, (wovon zu Ihr F. Dchl. und Dero Fürstl. Hauses faveur, im vorigen Vertrage eines und anderes pacisciret, welches bis dato noch nicht zur Execution gebracht) betrifft, so sind selbige materien, mit beederseits Bewilligung, wegen der hierzu, vieler Umbstände halber vorjetzt ungelegenen Zeit, noch in etwas und bis zu Ihr F. Dchl. fernerweiten Erinnerung, ausgesetzet worden, jedoch mit dem deutlichen Vorbehalt, daß umb solchen Verschubs willen, dem Haubtwerck kein Nachtheil zugezogen, noch dem Vertrage an seinen Kräfften hierin etwas abgängig seyn solle.

Gestalt auch die entzwischen etwa vorfallende Reichs- und Crayß-Steuern auf das Contingent der gesambten Holstein Plönischen Pflüge nach Billigkeit jedesmal angeschlagen werden sollten.

Vorbeschriebenes alles und jedes nun ist im Nahmen und von wegen J. K. M. zu Dennemark, Norwegen und J. F. Dchl. zu Holstein Plön, gehandelt, und sub spe rati geschlossen, auch dabey verabredet, daß die Königl. und Fürstl. Ratificationes hierüber binnen Monahts Frist, gegen einander ausgewechselt, im übrigen aber die contenta dieses Recessus, gleich wie die vorige Haubtverträge, möglichstermaßen secretiret werden sollen. Des zu Uhrkund haben Wir hierzu verordnet gewesene Königl. und Fürstl. Commissarii uns eigenhändig unterschrieben und Unser Siegel dabey gedrucket. So geschehen zu Copenhagen den Neun und Zwantzigsten Maii im Jahre Christi Eintausend Sechshundert Achtzig.

(L. S.) **F. G. v. A. z. Langland und Rixingen.**	**J. Ch. v. Körbitz.** (L. S.)
	M. Wibe. (L. S.)
(L. S.) **C. Biermann.**	**A. P. v. Liliencron.** (L. S.)
(L. S.) **H. v. Stöcken.**	(L. S.) **Chr. Geusch.**

Und wir dann alle und jede Puncten obgesetzten Recesses unserer Intention und Willen allerdings gleichmäßig befunden; So haben Wir denselben hiermit approbiren und ratificiren wollen. Approbiren und ratificiren ihn auch nochmahls Krafft dieses in optima forma bey Königl. wahren Worten versprechend und wollend, daß solchem Recesse in allen und jeden seinen Einhalt von Uns, Unsern Erb-Successoren in der Regierung und Lehns-Erben jederzeit ohne Mangel und ausser eintzige Exception solle nachgelebet werden. Inmaßen Wir, zu dessen gewisser Versicherung, gegenwärtige Ratification eigenhändig unterschrieben und Unser Königl.

Digitized by Google

Insiegel daran hängen lassen. So geschehen in Unser Vestung Glückstadt den Vierten Julii im Jahr Christi Ein Tausend Sechs Hundert und Achtzig.

Christian.

VI.

Oldenburgischer Erbvergleich zwischen den herzoglichen Häusern Gottorf und Sonderburg. 16. April und 11. Juni 1681.

Wir Christian Albrecht Von Gottes Gnaden Erbe zu Norwegen, Hertzog zu Schleßwig, Holstein, Stormarn und der Dithmarschen, Graff zu Oldenburg und Delmenhorst &c. Uhrkunden und bekennen hiemit für Uns und Unsere Nachkommen an der Regierung gegen Männiglich: Alß auf Anlaß und Vermittelung des Hochwürdigen Durchlauchtigen Fürsten, Herrn August Friedrich, Erben zu Norwegen, erwählten Bischoffs zu Lübeck, Hertzogen zu Schleßwig, Holstein, Stormarn und der Dithmarschen, Graffen zu Oldenburg und Delmenhorst &c., Unsers freundlich geliebten Bruders, zwischen dem Durchlauchtigen Fürsten, Herrn Johann Adolffen, Erben zu Norwegen, Hertzogen zu Schleßwig, Holstein, Stormarn und der Dithmarschen, Graffen zu Oldenburg zu Delmenhorst &c. Unsern freundlich geliebten Herrn Vettern und Brudern, an einem, und Uns andern Theils, wegen der aus der Oldenburgischen Successions Streitigkeit annoch übrigen, und am Kays. Hoffe bißhere befangener Sache, fructuum et expensarum cum annexis, gütliche Handlung fürzunehmen beliebet, selbige auch, vermittelst Göttl. Gnade, durch beederseits zusammen geschickte und bevollmächtigte Rähte, nach angewandter vieler und geflißener Bemühung, biß auf Unsere Ratification folgenden Inhalts vereinbahret und geschlossen worden.

Zu wissen: Demnach auf Veranlaß- und Vermittelung des Hochwürdigsten, Durchlauchtigsten Fürsten und Herrn, Herrn August Friedrich, Erben zu Norwegen, Erwehlten Bischofs zu Lübeck, Hertzogen zu Schleßwig, Holstein, Stormarn und der Dithmarschen, Graffen zu Oldenburg und Delmenhorst &c. die zwischen dem auch Hochwürdigsten Durchlauchtigsten Fürsten und Herrn, Herrn Christian Albrecht, Erben zu Norwegen, postulirten Coadjutoren des Stiffts Lübeck, Herzogen zu Schleßwig, Holstein, Stormarn und der Dithmarschen, Graffen zu Oldenburg und Delmenhorst &c. an einem, sodann dem Durchlauchtigsten Fürsten und Herrn, Herrn Johann Adolffen, Erben zu Norwegen, Hertzogen zu Schleßwig, Holstein, Stormarn und der Dithmarschen, Graffen zu Oldenburg und Delmenhorst &c. für Sich und in Vollmacht Dero Herren Gebrüdern, andern Theils, aus der Gräffl. Oldenburg- und Delmenhorstischen Successions-Sache übrige am Kays. Hoffe annoch befangene Streitigkeit, puncto fructuum et Expensarum, zu retablirung eines rechtschaffenen Vetterlichen Vertrauns, und Verabhütung ex continuatione litis immerhin ersprießender mehrer fastidien, gütlich zu componiren und

beyzulegen, beliebet worden, Höchstgen. beede Herren Principalen auch ihre untergeschriebene respective Geheimten Cammer-Raht und Hoff-Cantzler, auch Cammer-Raht, nacher Euthin zusammen geschicket; Alß haben selbige, im Nahmen der Hochgelobten Dreyfaltigkeit, nach verschiedenen Conferentien, dabei angewandtem Fleiß, und allerseits erwogenen Umbständen, unter gnädigster Cooperation und Gutbefinden Höchstgen. Herrn Bischoffen, alß beeder Theile resp. Herrn Bruders und Vetters, Durchl., Krafft habender Vollmacht jedoch auf Ratification Höchstermelter Ihrer gnädigsten Principalen, folgendergestalt sich vereiniget und verglichen.

Nemlich vorhochgen. Ihr. F. Dchl. zu Holstein Plöen für Sich, und in Vollmacht Dero Herren Gebrüdern, und Ihrer allerseits Erben, begeben sich der biß anhero wieder Ihr F. Dchl. zu Holstein-Gottorff vorerwehnter am Kayserl. Hoffe biß anhero geführten Klage oder action restituendorum fructum et expensarum, welche sowohl post alß ante sententiam Caesaream geschehen, derogestalt und also, daß Ihr. F. Dchl. zu Holstein Plöen, Dero Herren Gebrüdern und Erben dieser Sache und aller Posten halber, welche zu obiger action gehörig, und in actis liquidationis mit mehren benennet, nimmer und zu ewigen Tagen, kein weiteres Recht und praetension, weder ex sententia Caesarea, noch auf einig ander fundament, wieder Ihr. F. Dchl. zu Holstein Gottorff und Dero Fürstl. Hauß mehr haben, noch führen wollen; Zumahl Sie zu solchem Behueff den bißherigen Rechts-Process hiermit aufheben, und Liti solemniter renuntiiren, auch so bald die Ratificationes dieses Vergleichs ausgewechselt, bey dem Kays. Hoff-Raht, und wo es sonst nöthig, oder nützlich befunden wird, solches dociren und berichten, wie nicht weniger denen bißhero ad prosequendam causam constituirten Anwaldt und procuratoribus Befehl ertheilen wollen, liti praedictae am Kays. Hoffe, in Dero Herren Principalen Nahmen formaliter zu renuntiiren, und sothane Renuntiation ad Protocolla judicialia bringen zu lassen.

Dahingegen renuntiiren I. F. Dchl. zu Holstein Gottorf für Sich, Dero Erben und gantzes Fürstl. Hauß, allen Gravaminibus, Exceptionibus nnd Praetensionibus, die Sie wieder die abgesprochene Kays. sententz in dieser Successions-Sache, und darauf ergangene Execution, auch gegen die vom Fürstl. Hause Holstein Plöen an I. K. M. zu Dennemark gethane Cession der Graffschafften etwa zu haben vermeint, oder auch haben können und mögen, immaßen hochermelte I. F. Dchl. zu Holstein-Gottorff, Dero Erben und gantzes Fürstl. Hauß, an besagte beyde Graffschaften und deren incorporirte Lande, in specie den Weser-Zoll, sambt Statt- und Buttjadinger-Land mit eingeschlossen, kein weiteres Recht, aus was Grund es auch sein könne, praetendiren wollen, es sey denn, daß nach Abgang der Königl., auch der Fürstl. Holstein-Plönischen und zugehöriger Agnaten Männlicher Familie, dem Fürstl. Hause Holstein-Gottorff die Succession an den Graffschaften und deren incorporirten Landen wieder zuwüchse;

Digitized by Google

auf solchen Fall soll und will Hochermeltes Fürstl. Hauß an seinen Juribus durch diesen Vergleich in keine Wege verkürtzet seyn.

Damit auch das Fürstl. Hauß Holstein Plöen, wegen obiger geführten und nunmehro gäntzlich cassirten Praetension fructuum et expensarum, von Ihr. F. Dchl. zu Holstein Gottorff hinwiederumb einige Satisfaction und Probe aufrichtiger inclination zur Einigkeit, und guten Verständnis empfange; So wollen jetzt hochermelte Ihr. F. Dchl. zu Holstein Gottorff für sich, Dero Successores in der Regierung und Erben, Ihr. F. Dchl. zu Holstein Plöen, Dero Herren Gebrüdern und Nachkommen überlassen und einräumen, das auf der Insel Aerröe gelegene Gut Gottesgabe, mit allen Hoheiten, Herrlichkeiten, Gerechtigkeiten, Gebäuden, Unterthanen, Pertinentien, darauf befindlichen zum Vorwerk eigenthümlich gehörigen Vieh und Mobilien; nicht davon ausbeschieden, in allermaaße, wie es des Hr. Bischoffen zu Lübeck Fürstl. Durchl., vermöge Freundbrüderl. Vergleichs biß anhero besaßen und genoßen, mit der angehängten Versicherung, solches wieder Männigliches Anspruch zu gewahren, auch von allen, biß zu würklicher Uebergabe, verflossenen Contributionen und Anlagen, sie rühren von Krigs- oder Friedens-Jahren her, frey zu halten. Die würkliche Uebergabe gen. Gutes aber soll alsofort, nach ausgewechselter Ratification geschehen, und dabey alle zugehörige Brieffliche Uhrkunden, Register, absonderlich die Kauffbrieffe und was dem mehr anhängig, ausgelieffert werden.

Alß auch Ihr. F. Dchl. zu Holstein Plöen ferner verlanget, daß Dero Fürstl. Hauses Adeliche zugekaufte Güter, mit Nahmen Clevetz, Pehmen, Stocksee, Gramberg, Gnissau, Wulffsfelde und Rehtwisch, mit ihren 70 Pflügen, wofür sie bißhero bei dem Landkasten angeschlagen gewesen, von Ihrer bißherigen Adel. Qualitet, und davon dependirenden Oneribus, liberiret, und den Fürstl. Holstein-Plönischen Ämtern incorporiret werden mögten; So haben Ihr. F. Dchl. zu Holstein-Gottorf für Sich, und Dero Successores auch hierin gewilliget, und wollen demnach Ihres Ohrtes, so viel Sie, alß Mitregierender Hertzog zu Holstein, dabey interessiren, und zu Ihrem Antheil thun können, vorbemelte Güter von angeregter Ihrer vorigen Adelichen Qualitet und daher rührenden Oneribus, an landtägigen oder sonst ausgeschriebenen Landes Contribution und andern gemeinen Landschaffts Anlagen, Printzeßen-Steuer, Roß-Diensten, Donativen, Jurisdiction, praetendirter Lehnsdependentz, und was dergleichen mehr seyn mögte, hiemit und Krafft Dieses eximiren und befreyen, dergestalt und also, daß sie von nun an den Fürstl. Holstein Plönischen Ämbtern gäntzlich sollen incorporiret seyn, und in allen derselben Natur hinführo und biß zu ewigen Tagen haben und behalten. Da auch die Land-Stände wieder obige Exemtion und Befreyung sich etwa beschwehren oder opponiren würden, wollen Ihr. F. Dchl. zu Holstein Gottorff und Dero Successores Ihnen darinnen weder directe, noch indirecte assistiren, vielmehr durch diensahme Officia das Fürstl. Holstein Plönische Hauß, bey solcher Exemtion und Freyheit erhalten helffen

Digitized by Google

Noch weiteres haben Ihr. F. Dchl. zu Holstein Gottorf für Sich, Dero Erben und Successoren gewilliget, Ihr. F. Dchl. zu Holstein Plöen, Dero Herren Gebrüdern und Erben einen Abtrag von Sechs und Achtzig Tausend Reichsthl. an Dähnischen Crohnen zu thun, und dieselbe nach folgender Gestalt zu vergnügen. Nemlich es soll durch beederseits commitirte Rähte, sobald es Ihr. F. Dchl. zu Holstein Plöen wird gelegen fallen, eine anderweitige Conferentz angestellet, und darin überleget und beschloßen werden, was für Stücke an Land und Leuten etwa aufzufinden, deren Abgang dem Fürstl. Hause Holstein-Gottorff erträglich, und denen Fürstl. Holstein Plönischen gesammten Gütern hier oder dar gelegen seyn mögte. Selbige sollen zu einem gewißen Holstein Plöen annehmlichen pretio gesetzet, und Ihr. F. Dchl. zu Holstein Plöen, und Dero Herren Gebrüdern erb- und eigenthümlich, mit aller Hoheit und Gerechtigkeit, wie Ihr. F. Dchl. zu Holstein-Gottorff, solche bißanhero beseßen und genoßen, nicht davon ausgenommen, in solutun auf Abschlag berührter 86000 Rthlr. übergeben und eingeräumt werden. Was nun nach Abzug deßen an solcher Summa noch restiren wird, versprechen Ihr. F. Dchl. zu Holstein Gottorff auf drey gleiche Terminen, in dreyen nach einander folgenden Umbschlägen, nemlich Ao. 1683. 1684. 1685 jedesmahl mit seinen à Fünf von 100 gerechneten Zinsen, an Dänischen Crohnen richtig erlegen und bezahlen zn laßen. Gestalt Ihr. F. Dchl. zu Holstein Gottorff zu deßen Gewißheit Dero Ambt Trittau, alß eine sichere Hypothec, hiemit dergestelt constituiren, daß es vor Capital und Zinsen hafften, und Ihr. F. Dchl. zu Holstein Plöen, Dero Herren Gebrüdern und Erben bemächtiget seyn sollen, auf den Fall säumiger Zahlung, sich wegen Capitals, Zinsen, Schaden und Unkosten, ohne gerichtlichen Process, aus solchem Ambte und dessen Pertinentien zu erholen und bezahlt zu machen, wie solches alles mittelst einer absonderlichen Obligation, deren Formula anjetzt zugleich mit abgefaßet, durch Ihr. F. Dchl. zu Holstein-Gottorff, mit mehren soll versichert, und selbige bey künfftiger Auswechselung der Ratificationen mit extradiret werden.

Wie nun hiemit obberührten Streitigkeiten gäntzlich abgeholffen, also soll hinführo zwischen beyden Fürstl. Häusern eine wahre Freundschaft, und Freundvetterliches gutes Vertrauen wieder eingeführet seyn, Kein Theil auf des andern, obiger Dinge wegen, mehren Anspruch machen, sondern alle vorige Mißverstände todt und vergessen seyn, auch Anderseits Ministris und Bedienten, was Sie Ihrer Herrschaft zum Besten, Eydes und Pflichten halber, etwa gethan oder thun müssen, zu keiner Ungnade oder Schaden gereichen.

Daneben versprechen Ihr. F. Dchl. zu Holstein Plöen, von Dero Herren Brüdern eine zulängliche Vollmacht, ad ita transignendum, bei Wechselung der Ratificationen auszulieffern oder auch, was hierin verglichen, wieder hocherwehnter Dero Herren Gebrüder unverhoffte Contradiction zu guarantiren.

7*

Dahingegen des Hr. Bischoffs zu Lübeck Fürstl. Dchl. erbötig sind, diesen Vergleich auch Ihres hohen Ohrts mit Fürstl. Hand und Siegel zu ratificiren.

Endlich wollen Ihr. F. Dchl. zu Holstein-Gottorff Ihre und Ihres Fürstl. Hauses an Statt- und Buttjadinger-Land habende Jura Ihre F. Dchl. zu Holstein-Plöen abtreten und übergeben, auch darüber ein solenne Diploma Cessionis, nach dem Einhalt, wie von beiden Theilen abzufaßen, bei mehrgerechter Auswechselung der Ratificationen ausstellen.

Des Allen zur Sicherheit ist gegenwärtiger Vergleich von beyder Fürstl. Theile hierzu verordneten Gevollmächtigten Ministris und Räthen eigenhändig unterschrieben und versiegelt, auch dabei verabredet, die Ratificationes der Fürstl. hohen Herrn Principalen, bey nechster Zusammenkunfft, und aufs längste binnen 4 oder 5 Wochen gegen einander einzulieffern.

Alles getreulich, ohne Argelist oder Gefehrde. So geschehen auf dem Fürstl. Bischöffl. Residentz-Hause Euthyn den sechszehenden Tag des Monahts Aprilis, im Jahr Christi 1681.

Martin von Boeckeln. (L. S.)

Christoph Gensch von Breitenau. (L. S.)

Daß Wir demnach, Unsers Ohrts, alle und jede Punckten itzt vorstehenden Vergleichs, Unserer Meynung, Instruction und Willen gemäß befunden, und dahero dieselben hiemit approbiret und ratificiren haben wollen. Wir approbiren und ratificiren solchen Vergleich auch nochmahls Krafft dieses in optima forma, bei Fürstl. wahren Worten, guter Treu und Glauben versprechend und wollend, daß denselben in allen und jeden seinem Einhalt, von Uns, Unsern Erben und Nachkommen jederzeit, ohne Mangel und einige Exception, nachgelebet werden solle, Gestalt Wir, zu deßen sicherer Verbindlichkeit, gegenwärtige von Uns eigenhändig unterschriebene, auch durch Unser Fürstl. Insiegel bezeichnete Ratification, mit gutem Raht, freyem Willen und Wissen ausgestellet. So geschehen auf Unserm Residentz Schloß Gottorff den 21. Tag des Monahts Junii, im Jahr Christi 1681.

(L. S.) Christian Albrecht.

(L. S.) August Friedrich.

VII.

Herzoglich Gottorfische Cession des Stad- und Budjadinger Landes an das herzoglich Sonderburgische Haus. 16. April 1681.

Von Gottes Gnaden Wir Christian Albrecht, Erbe zu Norwegen, postulirter Coadjutor des Stiffts Lübeck, Hertzog zu Schleswig-Holstein, Stormarn und der Dithmarschen, Graff zu

Digitized by Google

Oldenburg und Delmenhorst, für Unß, unsere Successores in der Regierung und Lehns-Erben, thun kund und bekennen hiemit: daß wir unsere an Statt- und Buttjadinger-Land habende jura und praetensiones dem Durchlauchtigen Fürsten, Herrn Johann Adolffen, Erben zu Norwegen, Hertzogen zu Schleßwig-Holstein, Stormarn und der Dithmarschen, Graffen zu Oldenburg und Delmenhorst, unserm freundlich geliebten Herrn Vetter und Bruder und dessen Fürstlichen Hause wohlwissentlich und wohlbedächtlich übertragen und abgetreten haben, übertragen und cediren auch all solche jura, praetensiones, Anspruch und Gerechtigkeit, die wir auf besagtes Land, oder dessen bisherige Intraden, absonderlich aus mit dem Füstlichen Hause Braunschweig-Lüneburg Anno 1653 errichteten Vertrage, und darauf erhaltener Investitur, immer haben können und mögen, insgesambt hocherwehnter Ihrer Liebten und Dero Fürstlichen Hause nochmahls hiemit dergestalt und also, daß Sie derselben nach bestem Vermögen geniessen und gebrauchen sollen, können und dürfen, so frey und sicher, als Wir und Unser Fürstliches Haus solches zu thun berechtigt gewesen. Wir ersuchen auch hierauf die itzt oder künfftig regierenden Hertzoge zu Braunschweig-Lüneburg über solch gethane unsere Cession bestermaßen zu halten, und hochermeldten Herrn Hertzog Johann Adolf zu Holstein Liebden und Dero Fürstliches Hauß, an unserer Stelle in deu würklichen Genuß und Besitz unserer gehabten jurium und Gerechtigkeiten an mehrbesagten Lande völlig zu admittiren. Des allen zu sicherer Gewißheit haben Wir diesen Cessions-Brief nicht allein unter unserer Fürstlichen Hand und Siegel ausgestellet, sondern es hat auch der Hochwürdige Durchlauchtige Fürst, Herr August Friedrich, Erbe zu Norwegen, erwehlter Bischoff zu Lübeck, Hertzog zu Schleswig-Holstein, Stormarn und der Dithmarschen, Graff zu Oldenburg und Delmenhorst, unser freundlich geliebter Herr Bruder und Gevatter, als Mitbelehnter, zu Bescheinigung seines hiezu ertheilten auf den Fall successionis gerichteten verbindlichen Consenses, mit gutem Vorbedacht, reifem Raht und freyen Willen, sich eigenhändig hiebey mit unterschrieben und sein Fürstliches Siegel darneben drucken lassen. So geschehen auf dem Fürstl. Bischöffl. Residentz-Hause Eutin den 16. Aprilis Anno 1861.

Christian Albrecht. (L. S.)

August Friedrich. (L. S.)

Digitized by Google

VIII.

Auszug aus dem Erbvergleiche König Friedrich's IV. mit dem Herzoge Friedrich Carl zu Plön vom 3. October 1729.

Art. 4. — — — „und lassen Wir in allen übrigen durch diesen Cessions-Tractat und Vergleich nicht besonders determinirten Punkten es bey denen ehemahls zwischen Unseren in Gott glorwürdigst ruhenden Königlichen Vorfahren mit weyland Herrn Hertzogen Johann juniore zu Sonderburg und mit allen folgenden Hertzogen Plönischer Linie errichteten Erb-Theilungs-Recessen, Transactionibus und Compactatis unveränderlich bewenden, und sollen selbige hiedurch nochmahls bestättigt, insonderheit aber der in obermeldeten beeden Pactis oder Haupt-Vergleichen vom 18. Martii 1671 erwehnte und in dem hernacher unterm 29. Maji 1680 zwischen Unsers hochseligen Herrn Vatern Mayestät und weyland Hertzogen Johann Adolffen zu Plöen errichteten Pacto in specie wiederholte und bekräfftigte casus successionis reciprocae ohnumbstößlich dahin feste gesetzet seyn, daß die vormahls von Fürstlich Plönischer Seiten beschehene cessio jurium auf die Graffschaften Oldenburg und Delmenhorst und deren Pertinentien nicht weiter alß auf Uns und Unsere Leibes-Lehns-Erben zu verstehen, und wann ermeldete Graffschaften mit Uns und Unseren Leibes-Lehns-Erben (welches Gott verhüte) zum Fall kämen, Ihme, Hertzogen Herrn Friedrich Carl, alß jetzo eintzigem übrig seyenden Männlichen Descendenten von weyland Hertzogen Joachim Ernsten zu Holstein Plöen, und Dessen künfftigen Leibes-Lehns-Erben daran das jus successionis privative reserviret seyn, dargegen aber auch, wann die von Unserem Königlichen Hause hinwieder an das Fürstliche Haus Plöen unter andern vom Ambte Segeberg cedirte und ausgewiesene Stücke mit Ihme, Hertzogen Friederich Carl und Dessen künfftigen Leibes-Lehns-Erben zum Fall kommen mögten, alle und jede von erwehntem Ambte Segeberg dem Fürstlichen Hause Plöen überwiesene und noch wirklich dabey befindliche Dörffer, Ländereyen, Seen und Mühlen, nebst Gischenhagen und dem Kalckberg, so gleichfallß aus dem Oldenburgischen und Delmenhorstischen Successions-Werk herrühret, item die beyden Kirchen Gleschendorff und Ratkau cum jure episcopali et patronatus, sambt der Exemtion der angekaufften Plönischen adelichen Güter, als Clewitz, Pehmen, Stocksee, Gronenberg, Gnissau, Wulffsfelde und Rehtwisch von der Contribution und Affter-Lehns-Dependentz, nicht weniger die dem Fürstlich Plönischen Hause in dem ersten Hauptvergleich de Anno 1671 zugestandene Concessiones in puncto Collectarum, Homagii, Dotis et Fori, ebenergestalt an Unser Königliches Haus, alß von welchem solches alles überlassen worden, wieder heimfallen sollen."

Digitized by Google

IX.

König Friedrich's V. Versicherungs-Acte an Herzog Friedrich Carl zu Sonderburg-Plön wegen des mit dem Könige von Schweden über die Permutation der Grafschaften Oldenburg und Delmenhorst geschlossenen Tractats. 9. April 1753.

Wir Friderich der Fünffte (voller Titel) urkunden hiemit: Nachdemmahlen bey Unß der Hochgebohren Fürst Unser freundlich lieber Vetter, Herr Friederich Carl (voller Titel) in Ansehung der, mittelst des zwischen Unß, dem Könige, und der Crohn Schweden, unterm 25. April 1750 geschlossenen Definitiv-Tractats, eventualiter festgesetzten Vertauschung der Graffschaften Oldenburg und Delmenhorst gegen den Fürstlichen Antheil von Holstein dahin geziemend angetragen und angesuchet hat: Wir geruheten, in Hinsicht auf die eventuale Oldenburgische Succession, wie solche in beiden Vergleichen de anno 1671 festgesetzt, und in dem letzten Vergleich de anno 1729 aufs neue bestättigt worden, Ihrer Liebden eine schrifftliche Versicherung dahin zu ertheilen, daß sothane mit des jetztregierenden Königs in Schweden Mayestät concertirte Vertauschung der Graffschaften Oldenburg und Delmenhorst, Deroselben auf keinerlei Weise präjudicirlich seyn sollte, und wann nach des Allerhöchsten Schickung der in vorbemeldten Vergleichen de annis 1671 und 1729 beregte Successions-Fall sich zutragen würde, und etwa der in vorgedachtem Tractat stipulirte Rücktausch und Wieder-Einräumung der beiden Graffschaften dem Fürstlichen Hause Plöen verweigert werden mögte, sodann ebenbesagtes Fürstliches Haus, biß es zu dem ruhigen Besitz derselben gelanget, sich an den Fürstlichen Antheil von Holstein, welchen Wir durch besagten Definitiv-Tractat indessen überkommen haben würden, halten, solchen in Besitz nehmen, und daraus unter Königlich Dännemarckischer Manutenenz nicht gesetzet werden sollen, biß schon berührter Rücktausch und Wieder-Einräumung der Graffschaften würklich geschehen, und Wir dann solchen Antrag und Gesuch bewandten Umständen nach, billig gefunden und demselben dannenhero gerne statt gegeben haben:

Alß versichern und declariren Wir hiemit für Unß und Unsere Königliche Successoren in den Königreichen Dennemarck und Norwegen, daß die oberwehnte zwischen Unß und des Königs von Schweden Mayestät mittelst des Definitiv-Tractats de anno 1750 eventualiter festgesetzte Vertauschung der Graffschaften Oldenburg und Delmenhorst gegen den Fürstlichen Antheil von Holstein Unsers freundlich lieben Vettern Hertzogs Friederich Carl Liebden und Dessen Männlichen Leibes-Lehns-Erben auf keinerley Weise präjudicirlich seyn solle, nnd daß, wann nach des Allerhöchsten Schickung der in denen vorbemeldten Vergleichen de annis 1671 und 1729 beregte Successions-Fall sich zutragen würde, und etwa die öffter erwehnte Einräumung der beiden Graffschaften Ihm oder Seinen Fürstlichen Leibes-Lehns-Erben nach Ihm verweigert werden mögte, sodann Er oder Sie, biß sie zu dem ruhigen Besitz derselben gelanget, sich an den von

Digitized by Google

Unß inzwischen krafft mehrbesagten Definitiv=Tractats überkommenen Fürstlichen Antheil von Holstein halten, solchen in Besitz nehmen, und daraus, unter Manutenenz Unserer Successoren in den Reichen Dennemarck und Norwegen, nicht ehender, alß biß die Einräumung der Graffschaften würcklich geschehen, gesetzet werden sollen. Urkundlich unter Unserm Königlichen Handzeichen und vorgedruckten Insiegel. Gegeben auf Unserer Königlichen Residenz Christiansburg zu Copenhagen den 9. April 1753.

Friderich. (L. S.)

X.

Artikel XV. des Successionsvertrages zwischen König Friedrich V. zu Dänemark und Herzog Friedrich Carl zu Plön vom 29. November 1756.

Art. XV.

Gleichwie nun dieses Pactum successorium denen vorher geschlossenen und zwischen dem Königlichen und Fürstlichen Hause subsistirenden Tractaten, Verträgen, dem Herkommen und Compactatis, insonderheit wegen der Permutation der Graffschaften Oldenburg und Delmenhorst getroffenen Vergleichen auf keinerlei Art und Weise derogiren oder einigen Eintrag thun soll, noch Ihre Königl. Mayestät gestatten wollen, daß es von den Ihrigen geschehe; sondern Ihro Hochfürstlichen Durchlaucht die freye Landesadministration obbeschriebenermaaßen ungekränkt verbleibet: Also sollen vielmehr alle solche Pacta, Compactata und Herkommen durch gegenwärtigen Tractat aufs Neue bestättigt seyn, und versprechen anbey Ihro Königl. Mayestät gnädigst, existente casu Successionis, die von Ihrer Hochfürstlichen Durchlaucht ertheilte Begnadigungen, Concessiones und Privilegia, bey welchen allen Höchstdieselben die Conservation und Aufnahme Dero Lande und Güter und das mit dem Ihrigen genau verknüpfte Königliche Interesse stets zum Augenmerk nehmen wollen, zu agnosciren und zu erfüllen, wie nicht weniger Dero getreuen Räthen und Bedienten alle Königliche Gnade angedeihen zu lassen.

Digitized by Google

XI.

König Christian's VII. Versicherung an Herzog Friedrich von Sonderburg-Glücksburg (älterer Linie) wegen des mit Rußland vereinbarten und vollzogenen Austausches des Herzogthums Oldenburg gegen den Großfürstlichen Antheil an dem Herzogthume Holstein. 21. Januar 1774.

Christian der Siebente von Gottes Gnaden, König zu Dännemark, Norwegen, der Wenden und Gothen, Herzog zu Schleswig, Holstein, Stormarn und der Dithmarschen, Graf zu Oldenburg und Delmenhorst ꝛc.

Unsere Freundschaft und was Wir sonst der Verwandtniß nach mehr Liebes und Gutes vermögen, zuvor.

Durchlauchtiger Fürst, freundlich lieber Vetter!

Wenn Ew. Liebden von der neulichen Uebertragung der beiden Graffschaften Oldenburg und Delmenhorst an den Großfürsten Kaiserliche Hoheit und Liebden unterm 11. vorigen Monats Anlaß genommen, Uns das Interesse Dero Fürstlichen Hauses bei dieser Sache zu empfehlen, so haben Wir nicht unterlassen wollen, Denenselben hierauf zu Dero Beruhigung in Antwort zu eröffnen:

Daß gedachte Graffschaften nur dem männlichen Stamme des Herzoglich-Holstein-Gottorpischen Hauses und zwar ausdrücklich als ein Teutsches Reichslehn übertragen, auch dabei zum Grundsatze angenommen sey, daß mehrbesagte Graffschaften durch die festgesetzte und jetzt vollzogene Permutation gäntzlich in die Stelle des Großfürstlichen Antheils am Herzogthum Holstein treten sollen, wodurch allen möglichen Besorgnissen für die Zukunft hinreichend vorgebauet und prospiciret ist.

Die Wir übrigens Ew. Liebden der Göttlichen sichern Obhut getreulich empfehlen, und Ihroselben zu Erweisung angenehmer Gefälligkeit stets bereit und geflissen verbleiben.

Gegeben auf Unserer Königl. Residentz Christiansburg zu Kopenhagen den 21. Januar 1774.

Ew. Liebden

freundwilliger Vetter

Christian R.

v. Bernsdorff.

An den Herzog Herrn Friedrich von Schleswig-Holstein-Glücksburg ꝛc.*)

*) d. h. der alten, ausgestorbenen Linie Glücksburg, während die jetzt nach dem Schlosse dieses Namens titulirte Linie früher die Beckische hieß.

Digitized by Google

Urkunden-Verzeichniß.

Druck der Engelhard-Reyher'schen Hofbuchdruckerei in Gotha.

Digitized by Google

10 Law Misc. Pamp. 56.1
P.Li 5.,18.5

Das

Recht der Erbfolge

in

den Sinzendorf-Reußischen Fideicommißherrschaften

Haggenberg und Ernstbrunn

in Niederösterreich.

Erörtert

von

Dr. Hermann Schulze,

ord. Professor der Rechte an der Königl. Universität Breslau,
Hofrath, Ritter u. s. w.

PARSONS LIBRARY
University of
MICHIGAN

Nebst zwei Stammtafeln.

Jena,
1859.

Digitized by Google

Digitized by Google

14

Das

Recht der Erbfolge

in

PARSONS LIBRARY University of MICHIGAN

den Sinzendorf-Reußischen Fideicommißherrschaften

Haggenberg und Ernstbrunn

in Niederösterreich.

Erörtert

von

Dr. Hermann Schulze,

ord. Professor der Rechte an der Königl. Universität Breslau,
Hofrath, Ritter u. s. w.

Nebst zwei Stammtafeln.

Jena,
1859.

Digitized by Google

Inhaltsverzeichniß.

Digitized by Google

Seite

Zweiter Abschnitt.

Digitized by Google

I.

Historische Thatsachen.

§. 1.

Die Stiftung der Sinzendorfischen Familienfideicommisse Haggenberg und Ernstbrunn in Niederösterreich.

Zum Verständniß der gegenwärtig in Betreff dieser Fideicommisse schwebenden Rechtsstreitigkeiten ist ein Rückblick auf die Genealogie des Sinzendorfischen Hauses nothwendig.

Die Freiherrn, nachherigen Grafen von Sinzendorf theilten sich seit längerer Zeit in zwei Linien: die Aeltere oder Ernstbrunnische und die Jüngere oder Pilgramische; die letztere erlosch bereits um die Mitte des vorigen Jahrhunderts, die erstere im Jahre 1822. Hier kommt nur diese ältere Linie in Betracht.

Aus der älteren oder Ernstbrunnischen Linie hatte August Freiherr und erster Graf von Sinzendorf (geb. 1590) von seiner Gemahlin, einer gebornen Gräfin Trautmannsdorf, drei Söhne:

1) Johann Joachim, geb. den 31. Mai 1620, † den 11. Nov. 1665;
2) Siegmund Friedrich, † den 28. Februar 1679;
3) Rudolf, † den 2. September 1677.

Graf Johann Joachim hinterließ drei Söhne:

a. Joseph Weickhard, geb. den 9. Januar 1656, † den 9. Februar 1702;
b. Adolf, geb. den 7. März 1659, † den 25. Mai 1700;
c. Michael, geb. den 31. Mai 1665, † den 28. Februar 1697.

Der zweite Sohn, Graf Siegmund Friedrich, war kinderlos.

Graf Rudolf hinterließ vier Söhne:

a. Theodor, geb. den 15. November 1654, † den 8. April 1706;
b. Otto Heinrich, geb. 1663, † den 19. December 1710;
c. Siegmund Rudolf, geb. 1670, † den 8. Januar 1747.
d. August Jacob, geb. 1671, † den 11. März 1707,

Digitized by Google

und acht Töchter:

a. Anna Elisabeth, geb. den 12. Mai 1657, † den 8. October 1683, dritte Gemahlin Heinrichs I. Grafen Reuß zu Schleiz, Stammmutter des Hauses Reuß-Köstritz;

b. Susanna Isabella, geb. 1660, † unvermählt;

c. Renate Dorothea, geb. 1663, † unvermählt;

d. Maria Renate, † unvermählt;

e. Maria Apollonia, geb. 1667, † 1713, vermählt mit Christof Franz, Grafen von Wolkenstein-Rodenegg;

f. Maria Anna, geb. 1669, † den 6. Februar 1709, vermählt an Johann Peter Grafen von Goes;

g. Anna Maria, geb. den 2. November 1673, † den 31. Juli 1736, vermählt an Leo von Uhlefeld;

h. Maria Marimiliane, geb. 1675, † den 6. October 1718, vermählt an Johann Carl Christian Grafen von Nostitz.

Von den oben erwähnten Söhnen des Grafen August von Sinzendorf starb der älteste Graf Johann Joachim bereits 1665, der jüngste Graf Rudolf folgte ihm 1677 im Tode nach, der mittlere, der kinderlose Graf Siegmund Friedrich, welcher seine beiden Brüder überlebte, errichtete in seinem Testamente am 28. September 1678 ein Familienfideicommiß, dessen wichtigsten Gegenstand die Herrschaft Haggenberg bildete. Da er selbst kinderlos blieb und seine beiden Brüder vor ihm, jedoch mit Hinterlassung männlicher Descendenten, gestorben waren, so setzte er den ältesten Sohn seines jüngern Bruders im siebenten Artikel seines Testaments zum Universalerben ein:

„Dazu constituire ich zu meinem wahren Universalerben den hoch- und wohlgebornen Grafen und Herrn, Herrn Theodorum, als meines verstorbenen Herrn Bruders Graf Rudolfs ältesten Sohn."

Die Bestimmungen über die weitere Successionsordnung enthält der achte Artikel des erwähnten Testaments. Derselbe lautet:

„Achten thue ich hiemit alle meine Haab und gutter über die hievor gemachten Legata und bezallung, auch etwa nach meinen Abtreiben sich befindente schulden, nichts davon außgenommen zu einem Majorat mach, in Bedenkhung ich reiflich erwogen, wie nutz und gut zur Erhaltung der Geschlechter solches sey. Es solle aber solches Majorat nach volgender gestalt hiemit ein- und aufgerichtet sein und verstanden werden: Nemlich daß nach absterben besagt meines Herrn Vetters graf Theodori als Universalerbens alle meine hinterlassenen und ihm von mir verschafften Hab und Gutter, nichts davon außgenommen, Erstlich auf seinen Eltisten Ehelichen Soh, da Er deren zeig hette und nach solches ableiben auf dessen Ersten Sohns Soh fallen solle und also jed zeit (damit daß

Digitized by Google

Majorat um soviel aufrichter erhalten werden möchte, welches vor allem zu beobachten ist) von dem Vatter auf den Sohn falle und geht vornemlich meine intention dahin, daß dieses Majorat, so lange ein Manserbe von offt besagt meines Herrn Vetters Theodori lini vorhanden, bei ihnen verbleiben solle und zwar wan eine von meines Herrn Vetters Theodori Sohns linia absterben würde, solle solches majorat von deß abgestorbenen, welch de Eltiste seiner lini und possessor dessen gewest, auf den Eltisten und seinen nechsten befreundeten; nemlich wenn deß Theodori Mannßsuccession abgestorben, solle alßdann desselben Eltisten verstorbenen negster und eltister Brud od Vetter von meines Herrn Bruders Graf Rudolffs Seel. Söhnen herkommende succediren, non attento da gleichselbig von meines Herrn Vettern jüngern oder Eltisten Söhnen einer herkomme. Sond gleich alß wan es ihnen ab intestato von seinen negsten befreindeten zukomme, doch mit diesem unterschiedt, da zwei od mehr in gleich gradu im leben waren, daß auf den Eltisten von Jahren und hernach seine succession in descendenti linea, biß selbige wiederum abstirbt, fallen solle. Wan aber auch diese absterben würde, so solle es, wie vorgemelt, auf deß abgestorbenen negsten befreindeten und Eltisten fallen, jedoch mit dieser expressen condition und Vorbehalt, daß der, welch dieses Majorats fähig will, sich gut Edl (da er in den Ehestandt zu tretten willens) verheirathe, die Er zur Ehe nimbt, wenigst ihre Sechzehn agnaten Edl probiren kan, in widrigen fahl, da Er sich nicht Edl und schlechter, alß gemelt, verheiratet, soll Er dieses Majorats sambt seinen auß solch Ehe herkommenden Kindern, nicht fähig sein, sondern solle auf den negsten, Er sei sein deß übel verheiraten brud, Vetter auch Soh (da er etwa vorhero gut verheiratet gewest und von solch Ersten Ehegemahlin Manß Erben hette) fallen und also stedts observiret werd. Es sollen auch hiermit so geistlich werd ausgeschlossen sein. Und sollen auch hiermit alle abalienationes verbotten und ungültig sein: jedoch solle mein Herr Vetter graf Theodorus nicht verbundten sein, eben meine jetzo in oesterreich ligende gütter und häuser, zu Maiorat zu behalten, sondern er kann sie, ohne meniglichs einredt od hinterwurff verkauffen, und andere gütter und mein verlassenschafft in dem Röm. Reich (darzu ich ihme aufs beweglichste vermahne, damit unser geschlecht auch dort stabiliret werd möge) darüber erkauffen, wan er aber andere gütter darum erkauft und zum Maiorat gemacht, so solle es Ebig darbei verbleiben, und seinen nachkomme nicht mehr zu ändern macht haben, und gehet mein intent und willen einig und allein dahin, daß Er so will in den Werth, alß meine Verlassenschaft außtregt, so woll in ligend, alß fahrend, und er von mir ererbet, zu einem Maiorat auf sein und seiner Brüd linien mache, und die sache dahin dirigire und einrichte, daß Mein ganze Verlassenschafft, im Werth darzu angewendet werde, damit es allezeit unverthuelich, bei seyer und seyer Brüd linien verbleibe, nichts mehr davon geändert, und in guten standt erhalten werde. Er solle auch den consens und waß zu aufrichtung eines solch Maiorats erfordert würd, ordentlich, an gehörig orthen, außwirck. Wan aber deß graf Theodori und

seiner Brüder, auch meines verstorbenen Herrn Bruders Seel. graf Hanß Joachims Linien, daß gott lang verhuiten wolle, absterben sollten, so solle dieses Majorat auf weiß und maaß, wie oben, von meines Herrn Bruders Graf Rudolf Seel. Lini gedacht, auf meines Herrn Bruders Graf Hanß Joachim auch Seel. Linie, nach diesem endlich auf meines Herrn Bruders Seel. Graf Rudolfs Töchter und ihre Erben fallen."

Der Fideicommißstifter Siegmund Friedrich starb den 26. Februar 1679. Sein von ihm eingesetzter Universalerbe Graf Theodor kam auch wirklich in den Besitz des Familienfideicommisses, starb aber unvermählt im Jahre 1706. Nach seinem Tode trat der nächste Bruder, Graf Otto Heinrich, in den Besitz des Fideicommisses. Da aber auch dieser 1710 ohne Descendenz verstarb, so fiel das Fideicommiß auf den dritten Sohn des Grafen Rudolf, den Grafen Siegmund Rudolf.

Dieser hatte seine Söhne früh durch den Tod verloren; da nun sein jüngster Bruder, August Jacob, bereits 1707 gestorben war, so mußte mit ihm der Rudolfische Mannsstamm erlöschen; dagegen blühte der Mannsstamm des Grafen Johann Joachim noch in mehreren Zweigen. Der Stiftung gemäß mußte das Siegmund-Friedrichsche Fideicommiß auf die Nachkommenschaft des Johann Joachim fallen; Siegmund Rudolf, der letzte Inhaber desselben aus dem Rudolfischen Mannsstamm, stiftete im Jahre 1746 ein zweites Fideicommiß, mit folgenden Worten:

„Indem ich die Herrschaft Ernstbrunn sammt dem incorporirten Gute Klement hiermit zu einem fideicommissum familiae mache und constituire als das älteste freiherrlich Sinzendorfische Stammhaus, also solle künftig nichts davon alienirt noch eine Schuld darauf gemacht werden, also auch von den noch darauf haftenden oneribus sobald als möglich deliberirt, ein landesfürstlicher Consens ausgewirket, in dem Weißbothenamt vorgemerket und darüber ein Inhibitionsschein ausgefertigt werden, damit dieses Fideicommiß vollkommen stabilirt sein möge. Der erste Possessor des Fideicommisses wird sein mein Universalerbe Graf Wenzel von Sinzendorf und seine männliche Descendenz. In Ermangelung dessen solle es auf seinen Herrn Vater Prosper von Sinzendorf, nachdem auf seinen anderten Sohn, Grafen Friedrich erblich fallen de patre ad filium und wie es weiter in dem Graf Siegmund-Friedrichschen Testamente, den Hagenbergischen Majorat betreffend, vorgesehen ist."

Nach dem Tode des Grafen Siegmund Rudolf ging auch das Fideicommiß Haggenberg auf den Johann-Joachimischen Mannsstamm über und Graf Wenzel von Sinzendorf vereinigte beide Fideicommisse, das Siegmund-Friedrichsche und das Siegmund-Rudolfische, in seiner Hand. Da für das zweite Fideicommiß ganz dieselbe Successionsordnung vorgeschrieben war, wie für das erste, so theilten die beiden Fideicommißherrschaften Haggenberg und Ernstbrunn ihre rechtlichen Schicksale vollständig und konnten thatsächlich wie Ein fideicommissarischer Gütercomplex betrachtet werden. Nach dem am 26. Mai 1778 erfolgten

Digitized by Google

Tode des Grafen Wenzel fielen beide Fideicommisse auf seinen ältesten Sohn, den Grafen und nachmaligen Fürsten Prosper von Sinzendorf. Dieser starb unvermählt; seine fünf Brüder starben vor ihm, ohne Hinterlassung männlicher Nachkommen; die Linien der beiden jüngeren Söhne des Grafen Johann Joachim waren bereits früher abgegangen. So war Prosper, der erste Fürst, zugleich der Letzte seines Hauses. Mit ihm erlosch der ganze Sinzendorfische Mannsstamm.

Fürst Prosper hatte zwei Schwestern, von denen die ältere mit dem Herzog von Serbelloni, die jüngere mit einem Grafen von Thurn und zum zweitenmale mit einem Grafen d'Ela vermählt war; die erstere hatte zwei Söhne, die letztere einen Sohn.

Am 24. Juli 1821 errichtete Fürst Prosper ein Testament, worin er seinen Neffen, Grafen Georg von Thurn, den Sohn seiner jüngeren Schwester, zu seinem Allodialerben einsetzte und dabei folgende Rechtsanschauung aufstellte:

„Ich bin der Meinung, daß ich auch mit den Fideicommißherrschaften Ernstbrunn und Clement, als letzter männlicher Besitzer in Abgang einer weitern männlichen Erbfolge letztwillig zu disponiren befugt bin, nachdem in dem diesfälligen Institute, laut Codicill des Herrn Siegmund Rudolf Grafen von Sinzendorf de dato 22. November 1746 nur die männliche Succession de patre ad filium, in Ermangelung derselben aber eine weibliche Erbfolge nicht berufen ist."

§. 2.

Erwerbung der Sinzendorfischen Fideicommißherrschaften Haggenberg und Ernstbrunn durch das Haus Reuß-Köstritz.

Während der letzte Besitzer vom Sinzendorfischen Mannsstamme der Ansicht lebte, daß wenigstens für die Herrschaft Ernstbrunn (das Siegmund-Rudolfische Fideicommiß) der Fideicommißverband gelöst sei und daß er somit frei über dieselbe verfügen könne, trat Se. Durchlaucht Herr Heinrich LXIV. Fürst Reuß mit Ansprüchen auf beide Fideicommißherrschaften auf und reichte eine Erbserklärung sowohl auf Haggenberg als Ernstbrunn ein. Seine Ansprüche stützten sich auf seine Abstammung von Anna Elisabeth von Sinzendorf, der erstgeborenen Tochter des Grafen Rudolf. Nach dem Aussterben des Sinzendorfischen Mannsstammes hatte nämlich Siegmund Friedrich in seinem Testamente von 1678 „die Töchter und ihre Erben" zur Nachfolge in das von ihm begründete Fideicommiß Haggenberg berufen. Wie er aber überhaupt die Nachkommenschaft seines jüngeren Bruders Rudolf bevorzugt hatte, so sollten, nach Erlöschen des ganzen Mannsstammes, ebenfalls wieder die Töchter Rudolfs und ihre Erben nach derselben Successionsordnung zur fideicommissarischen Erbfolge gelangen wie die Söhne.

Heinrich LXIV. Fürst Reuß legte urkundlich dar, daß er in directer Linie von der erstgeborenen Tochter des Grafen Rudolf abstamme, daß sein Urgroßvater Heinrich XXIV. der Stifter des Hauses Reuß-Köstritz, der erstgeborne Sohn der Anna Elisabeth von Sinzendorf, daß sein Großvater Heinrich VI. der erstgeborne Sohn Heinrichs XXIV. gewesen sei, daß nach dem kinderlosen Tode Heinrichs XL. sein Vater Heinrich XLIII. der älteste Sohn Heinrichs VI. gewesen sei und daß er selbst, nach dem Tode seines Bruders Heinrichs LXI. unbestritten der Primogenitus seiner ganzen Linie und somit alleinberechtigter Repräsentant seiner Stammmutter Gräfin Anna Elisabeth von Sinzendorf sei.

Da nun auch der Stifter des zweiten Fideicommisses Ernstbrunn, Siegmund Rudolf, in seinem Codicill von 1746 verordnet hatte, daß auch dieses Fideicommiß gerade so vererbt werden solle: „wie es weiter in dem Siegmund-Friedrichschen Testamente, das Haggenbergischen Majorat betreffend, vorgesehen ist“: so richtete Heinrich LXIV. seine Ansprüche gleichmäßig auf beide Fideicommisse. Allein ihrer Verwirklichung standen große Schwierigkeiten entgegen. Es tauchten nämlich von verschiedenen Seiten andere Erbprätendenten auf, welche die Succession entweder in beide oder in eines der beiden Fideicommisse in Anspruch nahmen. Solche Prätensionen wurden erhoben: a. von Seiten der sämmtlichen Nachkommen der Rudolfischen Töchter auf eine gleichzeitige gemeinschaftliche Nachfolge in das Fideicommiß Haggenberg; b. von Seiten des Allodialerben des Fürsten Prosper, Grafen Georg von Thurn, auf Ernstbrunn als ein erloschenes allodialisirtes Fideicommiß; c. von Seiten des Grafen Joachim von Traun als Erstgeborenem der sämmtlichen Siegmund-Rudolfischen Tochterstämme auf eine fideicommissarische Erbfolge in Ernstbrunn; d. von Seiten der Johann-Joachimischen Cognaten, insbesondere der Familie Serbelloni, auf eine fideicommissarische Nachfolge in Haggenberg und Ernstbrunn, gegründet auf eine vermeintliche Berufung am Schluße des Siegmund-Friedrichschen Testaments und die nähere Verwandtschaft mit dem letzten Besitzer.

Die meisten Schwierigkeiten unter allen zur rechtlichen Verhandlung gekommenen Ansprüchen machten die der Familie Serbelloni, d. h. der Schwester des letzten Besitzers und ihrer Descendenz. Allein endlich drang das gute Recht des Fürsten Heinrich LXIV. gegen alle Prätendenten durch; es wurde die Unzertrennlichkeit der beiden Fideicommisse Haggenberg und Ernstbrunn gerichtlich anerkannt und am 13. Juli 1827 erfolgte mittelst zweier Decrete die Einantwortung der beiden Fideicommisse Haggenberg und Ernstbrunn an den Fürsten Heinrich LXIV. Auf Grund dieser Decrete wurde später auch die landtäfliche Besitzanschreibung erwirkt. So war Heinrich LXIV. Fürst Reuß, nach Besiegung aller gegnerischen Ansprüche, kraft seiner Abstammung von Anna Elisabeth von Sinzendorf, der erstgebornen Tochter des Grafen Rudolf von Sinzendorf, als einzig rechtmäßiger Nachfolger in beiden Fideicommissen anerkannt und blieb bis zu seinem, im Jahre 1856 erfolgten Tode im unbestrittenen Besitze dieser Güter.

Digitized by Google

§. 3.

Gegenwärtige Sachlage.

Da Fürst Heinrich LXIV. unvermählt und kinderlos blieb, so hatte er stets seinen Vetter, Herrn Heinrich IV. Prinzen Reuß als seinen rechtmäßigen Nachfolger betrachtet und als solchen in verschiedenen Urkunden ausdrücklich bezeichnet. Als daher Fürst Heinrich LXIV. am 15. September 1856 verschieden war, so reichte Prinz Heinrich IV. zu beiden vereinigten Fideicommissen Haggenberg und Ernstbrunn seine Erbserklärung ein und es wurde dieselbe am 24. October 1856 von dem K. K. Landesgericht zu Wien angenommen. Am 15. November 1856 überreichte Prinz Heinrich IV. die urkundliche Nachweisung seines Successionsrechtes in die beiden eröffneten Fideicommisse und legte einen beglaubigten Sinzendorfisch-Reußischen Stammbaum vor, worauf durch einen landesgerichtlichen Bescheid vom 30. Januar 1857 vorläufig anerkannt wurde:

a. daß bereits bei Ableben des Fürsten Prosper von Sinzendorf, durch Anerkennung des Successionsrechtes des Fürsten Heinrich LXIV., rechtskräftig entschieden worden sei, daß die männlichen Nachkommen Heinrichs I. Grafen Reuß, Gemahls der Anna Elisabeth von Sinzendorf, zur Fideicommißnachfolge berufen seien;

b. daß der einzige noch lebende Enkel des erblasserischen Großvaters Heinrichs VI., nemlich Heinrich LXIX., sich nicht stiftungsgemäß vermählt habe und daß in der von Heinrich XXIV. (dem erblasserischen Urgroßvater) abstammenden, mit Heinrich IX. beginnenden Linie dem Prinzen Heinrich IV. das Recht der Erstgeburt gebühre, daher

c. Prinz Heinrich IV. nächster Anwärter des letzten Fideicommißbesitzers sei.

Die Anerkennung eines alleinigen Erbrechts Heinrichs IV. fand nicht statt, weil mittlerweile ein zweiter, bis dahin völlig unbekannter Erbprätendent aufgetreten war.

Am 25. October 1856 reichte nämlich der Weimarische Lieutenant Ernst Clemens von Kiesewetter in Weimar eine Erbserklärung auf die beiden Fideicommisse ein. Er stützte sein vermeintliches Recht auf die Abstammung von Adelheide Ernestine Mathilde von Kiesewetter, geb. Gräfin Reuß, seiner Mutter. Dieselbe sei eine Tochter des Grafen Heinrich XLVIII. und dieser ein Sohn des Grafen Heinrich VI. gewesen, von welchem auch der letzte Fideicommißbesitzer Fürst Heinrich LXIV. als Enkel, durch seinen Vater Fürsten Heinrich XLIII. abstamme.

Da nun bereits mit dem Tode des letzten Sinzendorfischen Besitzers die beiden Fideicommisse auf den Weibsstamm übergegangen seien, so trete nun eine rein cognatische Erbfolge ein und von einem Vorzuge des Mannsstammes könne nicht mehr die Rede sein. Indem nun Fürst Heinrich LXIX. durch seine stiftungswidrige Heirath von der Nachfolge ausgeschlossen sei, so sei er, der ꝛc. Kiesewetter, der nächste Verwandte des

Digitized by Google

letzten Fideicommißbesitzers und somit der alleinberechtigte Nachfolger in beiden Fideicommissen.

Während nun die Verhandlung über die Frage, wer als Kläger aufzutreten habe, noch schwebte, erklärte Kiesewetter am 25. Juni 1857: „daß er als Kläger in dem Processe über die Succession in die Fideicommisse auftreten wolle."

Der Proceß mit demselben ist im Gange, es sind die üblichen Parteischriften bis zur Duplik bereits abgesetzt und das Urtheil erster Instanz steht zu erwarten.

Am 21. Juli 1857 reichte auch Fürst Heinrich LXXIV. Reuß eine Erbeserklärung zur Nachfolge in die beiden Fideicommisse ein. In Bezug auf die Frage, wer als Kläger aufzutreten habe, wurde, mittelst Incidentbescheides des Landesgerichts vom 23. April 1858, Fürst Heinrich LXXIV. angewiesen, wider Fürsten Heinrich IV. als Kläger aufzutreten und dieser Incidentbescheid wurde von Seiten des Obergerichts bestätigt. Bis jetzt ist aber von Seiten dieses hohen Erbprätendenten eine Klage noch nicht eingereicht worden.

Am 22. December 1857 reichte endlich auch Julius Carl von der Schulenburg als Vater und gesetzlicher Vertreter des Julius Clemens Wilhelm von der Schulenburg eine Erbeserklärung auf beide Fideicommisse ein. Mit dem ꝛc. Schulenburg sind die Verhandlungen, wer als Kläger aufzutreten habe, noch im Gange; doch steht zu erwarten, daß von diesem Prätendenten keine weiteren Schritte geschehen werden, wenn der ꝛc. Kiesewetter abgewiesen werden sollte, da gegen ihn, als bloßen Cognaten des Reußischen Hauses, dieselben Gründe sprechen, welche den vermeintlichen Kiesewetterschen Ansprüchen entgegenstehen.

II.

Feststellung der zu beantwortenden Rechtsfragen.

Die gegenwärtige Sachlage dieses Successionsstreites unterscheidet sich dadurch von den verwickelten Processen nach dem Tode des Fürsten Prosper:

1) daß damals überhaupt die fortdauernde Fideicommißqualität in Frage gestellt und wenigstens für Ernstbrunn eine Allodification nach Erlöschen des Mannsstammes von den Allodialerben behauptet wurde, während gegenwärtig sich sämmtliche Erbprätendenten auf die Stiftungsurkunde berufen und als Fideicommißnachfolger auftreten. Durch gerichtliche Entscheidung ist ja damals rechtskräftig festgestellt worden, daß auch nach Erlöschen des Sinzendorfischen Mannsstammes der Fideicommißverband unverändert fortbesteht;

2) daß von getrennten Ansprüchen auf die beiden Fideicommisse gegenwärtig nirgends die Rede mehr ist. Während im Jahre 1822 verschiedene Prätendenten auf das Siegmund-Friedrichsche Fideicommiß Haggenberg und das Siegmund-Rudolfische Fideicommiß Ernstbrunn Ansprüche machten und für diese beiden Fideicommisse somit eine verschiedene Erbfolge behaupteten, steht jetzt die Unzertrennlichkeit dieser beiden Fideicommisse unbestritten fest.

Sämmtliche gegenwärtige Erbprätendenten verlangen den ganzen, ungetheilten Fideicommißnachlaß, welcher bereits in den Händen des Grafen Wenzel von Sinzendorf, des Fürsten Prosper von Sinzendorf und des Fürsten Heinrich LXIV. Reuß vereinigt war.

Die Entscheidung über die Ansprüche der verschiedenen Erbprätendenten hängt gegenwärtig von der Beantwortung zweier Fragen ab, nämlich:

I. Gilt bei einem Familienfideicommiß, welches nach Erlöschen des Mannsstammes stiftungsgemäß auf die Töchter und ihre Erben gekommen ist, in der einmal zur Succession gelangten Familie von neuem der Vorzug des Mannsstammes, oder hört in einem solchen Falle jeder Unterschied zwischen Cognaten und Agnaten auf?

Auf der Beantwortung dieser Frage ruht wesentlich das Schicksal des Kiesewetter-

Digitized by Google

schen Anspruchs, indem dieser Prätendent behauptet, daß in dem Hause Reuß=Köstritz, welches nur, kraft cognatischer Abstammung von den Sinzendorfs, in den Besitz gekommen sei, kein Vorzug des Mannsstammes mehr bestehen könne, daß es also hier nicht auf die Eigenschaft eines Agnaten des Hauses Reuß=Köstritz, sondern blos auf cognatische Verwandtschaft ankomme. Der Schulenburgische Anspruch beruht wesentlich auf der gleichen Auffassung; eine besondere Besprechung desselben ist daher nicht nothwendig.

II. Kann nachgewiesen werden, daß diese Kiesewettersche Behauptung juristisch unhaltbar ist, daß vielmehr, nach erfolgtem Uebergange des Fideicommisses in den Weibsstamm, die Succession sich wieder in eine agnatische verwandelt, so steht fest, daß alle Nachkommen Heinrichs I. und der Anna Elisabeth von Sinzendorf, welche den Namen und das Wappen der Reußen führen, den Vorzug haben vor allen cognatischen Abkömmlingen dieses erlauchten Ehepaares. Sind demnach die Kiesewetters, Schulenburgs u. s. w. so lange ausgeschlossen, als ein agnatischer Descendent Heinrichs I. und der Anna Elisabeth vorhanden ist: so tritt die zweite Frage in den Vordergrund, nämlich, ob die in der Stiftungsurkunde vorgeschriebene Successionsordnung den Charakter der Primogenitur oder den der Gradualfolge an sich trägt? Je nachdem die zweite Frage in diesem oder jenem Sinne beantwortet wird, muß die Entscheidung entweder für Heinrich IV. oder für Heinrich LXXIV. ausfallen. Das Verhältniß unter den verschiedenen Erbprätendenten stellt sich daher so heraus: die Fürsten Heinrich IV. und Heinrich LXXIV. vertheidigen gemeinsam die agnatischen Rechte des Hauses Reuß=Köstritz gegen ihre cognatischen Anverwandten, jetzt zunächst gegen Kiesewetter. Unter ihnen selbst muß aber wieder die Frage zur Entscheidung kommen, ob in den früher Sinzendorfischen, jetzt Reuß=Köstritzischen Fideicommissen die Primogenitur oder die Gradualfolge gilt?

Diese beiden Fragen werden getrennt erörtert und beantwortet werden.

Digitized by Google

III.

Rechtliche Erörterung.

Erster Abschnitt.

A. Gilt bei einem Fideicommiß, welches nach Erlöschen des Mannsstammes auf den Weibsstamm gekommen ist, wieder ein Vorzug des Mannsstammes, oder hört in einem solchen Falle jeder Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten auf? (Beleuchtung des Kiesewetterschen Anspruchs).

§. 1.

Die Kiesewettersche Klage.

Am 21. August 1837 reichte der Weimarische Lieutenant Ernst Clemens von Kiesewetter bei dem Landgerichte zu Wien gegen die beiden Fürsten Reuß, Herrn Heinrich IV. und Heinrich LXXIV. eine Klage ein, durch welche er die Nachfolge in beide vereinigten Sinzendorfischen Familienfideicommisse in Anspruch nahm. Er begründete darin diesen, von ihm erhobenen Anspruch folgendermaßen:

Siegmund Friedrich Graf von Sinzendorf habe in seinem Testamente vom 28. September 1678 ein Fideicommiß errichtet, welches nach Aussterben des gesammten Sinzendorfischen Mannsstammes „auf die Töchter und ihre Erben" gelangen solle. Ganz die gleiche Successionsordnung habe auch Siegmund Rudolf in seinem Codicill vom 28. December 1746 für das zweite Fideicommiß vorgeschrieben. Mit dem Fürsten Prosper von Sinzendorf sei nun die Erlöschung des Mannsstammes wirklich eingetreten und beide Fideicommisse seien stiftungsgemäß auf den Weibsstamm übergegangen.

Der erste Cognat, welcher die Fideicommisse besessen habe, sei Heinrich LXIV. gewesen. Da nun mit ihm die vereinigten Fideicommisse einmal auf den Weibsstamm gekommen

Digitized by Google

seien, so könne in demselben von einem Vorzuge des Mannsstammes gar nicht mehr die Rede sein. So lange der Sinzendorfische Mannsstamm noch bestanden habe, sei die Ausschließung aller nur cognatischen Verwandten der Natur des Familienfideicommisses vollkommen entsprechend gewesen, indem es dem Stifter am Herzen gelegen habe, den Namen seines Hauses in Ehren und Glanz zu erhalten. Sei aber das Fideicommiß einmal auf die Töchter und ihre Erben, also auf Cognaten gekommen, so gelte es ganz gleich, welchen Namen der Fideicommißbesitzer führe, ob er ein Reuß oder ein Kiesewetter sei. Die Schlußbestimmung des mehrerwähnten Testamentsartikels laute vielmehr dahin, daß nach dem Aussterben der Linie des Grafen Hans Joachim das Fideicommiß „auf die Töchter des Grafen Rudolf und deren Erben" fallen solle. Indem der Stifter Siegmund Friedrich hier das Wort „Erben" ohne Beisatz gebraucht habe, gebe er deutlich zu erkennen, daß die Erben, sowohl von männlicher als weiblicher Abstammung, berufen sein sollen.

Stehe nun fest, daß gegenwärtig zwischen Agnaten und Cognaten in der Successionsberechtigung kein Unterschied gemacht werden könne, so müsse für die Cognaten, abgesehen von der Bevorzugung der Agnaten, ganz dieselbe Successionsordnung in Anwendung kommen, welche für den Mannsstamm vorgeschrieben sei. Da nun in dem Art. VIII. eine Gradualfolge nach den Grundsätzen des Majorats angeordnet sei, so sei er, der ꝛc. Kiesewetter, der am nächsten Berechtigte; er sei nämlich mit dem letzten Fideicommißbesitzer im fünften Grade verwandt und da von dem Fürsten Heinrich XLIII. keine Nachkommenschaft mehr vorhanden sei, der einzige Sohn des Grafen Heinrich XLVIII. aber, Fürst Heinrich LXIX. sich stiftungswidrig verheirathet habe und daher ausgeschlossen sei, so sei er der nächste männliche Verwandte des letzten Fideicommißbesitzers und als solcher zur Nachfolge in beide Fideicommisse berufen.

Die Erörterung der Frage, welche Successionsordnung in dem Art. VIII. des Siegmund-Friedrichschen Testamentes vorgeschrieben ist, insbesondere ob Primogenitur oder Gradualfolge, bleibt dem zweiten Abschnitte vorbehalten; hier kommt lediglich die präjudicielle Frage in Betracht, ob mit dem Eintritt des Weibsstammes jeder Vorzug der Agnaten vor den Cognaten aufzuhören hat? Nach dieser Richtung hin sind jetzt die Kiesewetterschen Behauptungen einer Prüfung zu unterwerfen. Wir gehen dabei von den allgemeinen Argumenten aus der Natur und dem Wesen des Familienfideicommisses und der fideicommissarischen Erbfolge zu einer speciellen Auslegung der betreffenden Bestimmungen der Siegmund-Friedrichschen Stiftungsurkunde über.

Digitized by Google

§. 2.

Argumente aus der Natur des Familienfideicommisses.

Das Familienfideicommiß ist keineswegs ein *unmittelbares* Erzeugniß des älteren deutschen Rechtes, sondern ein Produkt der modernen Doctrin seit dem XVII. Jahrhundert; aber die Doctrin hat, bei Bildung dieses Rechtsinstituts, gewisse Principien des ältern deutschen Rechts zu Grunde gelegt und schärfer ausgebildet. So ist insbesondere die bloße Bevorzugung des Mannsstammes, wie sie im älteren deutschen Rechte in mannichfacher Gestalt vorkommt, in eine *ausschließliche* Succession desselben umgebildet worden.

Mit der Ausbildung eines besondern Adelsrechtes wurde der Begriff der *Familie* in einer eigenthümlichen Weise festgestellt. Man verstand unter „Familie" lediglich den Mannsstamm, die durch Männer verwandten Männer. Das rein agnatische Princip durchdringt das gesammte Adelsrecht; nur wer den gleichen Namen, das gleiche Wappen führt, gehört zur Familie: foemina finis familiae. Das leitende Motiv in der Hausgesetzgebung des hohen Adels, dessen Bestrebungen sich der Ritterstand zum Vorbilde nahm, ist die Erhaltung des Ansehens und des Glanzes *der Familie* im oben erwähnten Sinn, oder wie es in neuerer Zeit tiefer und sinniger ausgedrückt worden ist: „Es ist die Individualität der Familie in der Geschichte, welche durch das Familienfideicommiß getragen wird." In allen Hausgesetzen kehrt dieser Gedanke in verschiedenen Ausdrucksweisen wieder. Auch das Familienfideicommiß ist ein Rechtsinstitut, welches ganz von diesem Gedanken des neuern Adelsrechtes durchdrungen ist. Seiner normalen Bestimmung nach wird daher ein Fideicommiß *nur* für den Mannsstamm eines Geschlechts errichtet; es bezeichnen daher viele Juristen das Fideicommiß als ein solches Gut, „welches vermöge ausdrücklicher Anordnung unveräußerlich auf alle Geschlechtsfolger des Constituenten oder eines Dritten, *bis zum Ausgange des Stammes und Namens zur Erhaltung des Familienglanzes* übergehen soll."

C. F. v. *Gerber*, System des deutschen Privatrechts §. 84.

Regelmäßig erlischt daher ein Familienfideicommiß mit dem letzten Gliede des Mannsstammes. Da aber ein Fideicommiß immer auf der besondern Anordnung eines Stifters beruht, so kann die voluntas constituentis auch Abweichungen von der normalen Natur des Rechtsinstituts hervorrufen. Eine derartige Anomalie ist auch die Succession des Weibsstammes. Hat der Stifter ausgesprochen, daß nach Abgang des Mannsstammes auch Töchter und deren Abkömmlinge in das Fideicommiß succediren sollen, so kommt allerdings der, *gegen* die allgemeine rechtliche Natur des Instituts laufende Privatwille zur Anwendung, aber nur so weit, als er klar und unzweifelhaft ausgesprochen ist. Nach allgemeinen Auslegungsregeln wird angenommen, daß die Abweichung von der regelmäßigen Natur des Instituts, d. h. dem agnatischen Principe, eine *möglichst geringe* sei. Allerdings muß da-

Digitized by Google

her, nach Ausgang des Mannsstammes, zunächst einmal eine cognatische Succession stattfinden; das Fideicommiß fällt nothwendig beim Uebergang in den Weibsstamm an einen Cognaten männlichen oder weiblichen Geschlechts. Aber das agnatische Princip ist so innig mit der Natur des Fideicommisses verwachsen, daß es, wenn auch in einem einzelnen Falle unterbrochen, sobald als möglich wieder in Kraft tritt. Das Familienfideicommiß trägt die Sehnsucht in sich, sich möglichst bald wieder in Einer Familie, d. h. in dem Mannsstamm einer Familie, zu fixiren. Sobald daher der einmalige Uebergang in die cognatische Verwandtschaft vor sich gegangen ist, verwandelt sich die cognatische Descendenz von selbst wieder in eine agnatische. Wollte man annehmen, daß nach dem Uebergange in den Weibsstamm jeder Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten hinweggefallen sei, so würde ein solches Fideicommiß fortwährend aus einer Familie in die andere springen, was der Natur des Fideicommisses vollständig widerspricht. Ein solches Fideicommiß würde nicht geeignet sein, das Ansehen und den Glanz irgend einer bestimmten Familie zu sichern.

Der Stifter, welcher nach Abgang des Mannsstammes eine cognatische Erbfolge anordnet, geht dabei von der Intention aus, eine neue Familie gewissermaßen zur künstlichen Fortsetzung seines abgegangenen Mannsstammes zu machen. In den möglichst analogen Verhältnissen des neuen, zur Succession gelangten Hauses, in der Fixirung eines neuen Mannsstamms findet die Absicht des Stifters gewiß eine größere Befriedigung, als in dem ungeordneten und zufälligen Springen der Erbfolge von einer Familie auf die andere, wodurch, vielleicht bei jedem Successionsfalle, ein Inhaber mit einem neuen Namen und Wappen eintreten würde und in schnellem Wechsel Familien zum Besitze gelangen könnten, welche in ihrer socialen Stellung so verschieden wie im vorliegenden Falle dastehen, daß das Fideicommiß von einem durchlauchtigsten Prinzen aus einem souveränen deutschen Fürstenhause — auf einen Lieutenant Kiesewetter zu springen hätte!

Die Kiesewettersche Prätension widerspricht somit dem Wesen des Fideicommisses als Rechtsinstitut, welches mit dem rein agnatischen Successionsprincip so innig verwachsen ist, daß jede Abweichung von demselben in möglichst beschränktem Sinne auszulegen ist.

§. 3.

Die Analogie der Lehn- und Thronfolge.

Als die Doctrin des XVII. Jahrhunderts das Rechtsinstitut des Familienfideicommisses ausbildete, nahm sie sich; in Bezug auf diese Successionsgrundsätze, die Lehnfolge zum Vorbilde. Besonders wurde bei der Nachfolge in das Familienfideicommiß die im Lehnrechte

ausgebildete successio ex pacto et providentia majorum und das rein agnatische Successionsprincip zur Anwendung gebracht.

G. Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts III, S. 60.

L. Zimmerle, das deutsche Stammgutssystem, S. 206.

Daher ist es unbedenklich, die Successionsgrundsätze des gemeinen Lehnrechts analog auf die Nachfolge in Familienfideicommisse anzuwenden, wenigstens insoweit, als in beiden Instituten dasselbe Rechtsprincip bestimmend eingewirkt hat. Lehen und Familienfideicommisse sind beide von dem agnatischen Princip durchdrungen; beide haften ihrer Natur nach an der Familie im Sinne des Adelsrechtes, d. h. sie gehen nur auf die, durch Männer verwandten Männer über; wer dasselbe Wappen, denselben Namen führt, gehört zur Familie; Weiber und die durch Weiber verwandten Männer kommen bei beiden Rechtsinstituten regelmäßig nicht in Betracht. Aber beim Fideicommiß, wie beim Lehen, kann durch Privatwillkür — hier der Lehenspersonen, dort des Stifters — eine Abweichung von dem naturgemäßen agnatischen Princip angeordnet werden. Doch muß eine solche Abweichung beim Lehen, wie beim Fideicommiß, im möglichst beschränkten Sinne verstanden, die einmal gebrochene Regel möglichst bald wieder hergestellt werden.

Allerdings giebt es unter den Feudisten viele Controversen über die Frage, wie beim ersten Uebergange des Lehens in den Weibsstamm die Succession zu bewirken ist, besonders ob und inwieweit auch hier schon das männliche Geschlecht einen Vorzug giebt? Diese Controversen berühren den vorliegenden Fall nicht; es handelt sich hier keineswegs um den ersten Uebergang in den Weibsstamm. Dieser erfolgte schon damals, als Fürst Heinrich LXIV., der Abkömmling der Anna Elisabeth von Sinzendorf, der blos cognatische Verwandte des Stifters, in den Besitz der Fideicommisse gelangte. Jetzt handelt es sich lediglich um die weitere Succession im Weibsstamm, nachdem der erste Anfall stattgefunden hat. Hier steht im gemeinen Lehnrechte der Satz unbestritten fest:

daß dann, wenn die Succession einmal auf ein Weib und ihre Nachkommen (also hier Anna Sinzendorf und ihre Descendenten) devolvirt ist, unter ihren Nachkommen wieder der Mann und dessen Stamm den Vorzug erhält und daß dadurch sich, so zu sagen, die cognatische Erbfolge wieder in eine agnatische verwandelt. Dieser Satz wird durch die berühmte Stelle II. F. 17. unzweideutig ausgesprochen, indem daselbst von einem Lehen die Rede ist, welches bereits durch die Tochter des letzten Besitzers in den Weibsstamm gekommen ist, bei welchem aber der Vorzug des Mannsstammes in der weitern Descendenz dieser Tochter sofort wieder einzutreten hat.

Auch alle Hausgesetze der deutschen Fürstenhäuser, welche eine subsidiäre Erbfolge des Weibsstammes zulassen, halten an diesem Grundsatze fest; in ihnen gerade spricht sich der Geist und die ganze Familienrichtung des hohen deutschen Adels am lebendigsten aus. Da man Jahrhunderte lang die Succession in Land und Leute nach den Grundsätzen einer fidei-

commissarischen Erbfolge beurtheilt hat, so kann es keine bessere Analogie für die Fideicommißfolge geben, als die Thronfolge. Ist in einem deutschen Fürstenhause die Regierung einmal an eine Frau oder an einen männlichen Descendenten im Weibsstamm übergegangen und steht deren weitere Vererbung in Frage, so tritt in dem neuen Hause sofort der Vorzug des Mannsstammes wieder ein, sowohl nach den Grundsätzen des deutschen Privatfürstenrechts, als nach ausdrücklicher, übereinstimmender Verordnung aller neuern Verfassungsurkunden und Hausgesetze.

Zöpfl, deutsches Staatsrecht II. Th. §. 253. S. 141.

H. A. Zachariä, deutsches Staatsrecht II. §. 73.

Ausdrücklich bestimmt in Bayern Verf.=Urk. 1818. Tit. II. §. 5., Würtemb. Verf.=Urk. 1819. §. 7., Großherzogth. Hessen Verf.=Urk. 1820. §. 5., K. Sachsen Verf.=Urk. 1831. §. 7., Hannover Verf.=Urk. 1840. §. 12., Waldeck Verf.=Urk. 1852. §. 15.

Beim Eintritt der weiblichen Erbfolge werden die von der Successionsordnung gerufenen Frauen und deren Descendenten so betrachtet, als wenn erstere Männer und letztere agnatische Descendenten wären, weil sie in einem solchen Fall auch wirklich ein Recht der Männer und Agnaten in Anspruch zu nehmen befugt sind.

Zöpfl, a. a. O. S. 135.

Diesen Satz spricht die Bayerische Verfassung so aus, daß die Prinzessinnen bei Abgang des Mannsstammes so betrachtet werden sollen, „als wären sie Prinzen des ursprünglichen Mannsstammes des Bayerischen Hauses.“

Der wichtigste Fall der Anwendung dieses Princips liegt in dem erhabenen Oesterreichischen Kaiserhause vor. Von jeher hatte hier das subsidiär cognatische Princip der Thronfolge gegolten, so daß nach Aussterben des Habsburgischen Mannsstammes mit Kaiser Karl VI. die Succession der Cognaten unzweifelhaft einzutreten hatte. Als aber durch die Thronbesteigung der Erzherzogin Maria Theresia die Thronfolge beim ersten Uebergange nothwendig eine cognatische gewesen war, so verwandelte sie sich unter den Descendenten dieser erlauchten Herrscherin sogleich wieder in eine agnatische. In dem neuen Hause trat nicht nur die Linealfolge mit dem Recht der Erstgeburt, sondern auch der Vorzug des Mannsstammes wieder ein. So wurde die neue Herrscherfamilie Lothringen gewissermaßen eine künstliche Fortsetzung des Hauses Habsburg — Habsburg=Lothringen. Dieser Fall ist um so bedeutsamer, als die hier in Frage stehenden Fideicommisse in den alten Erblanden des Hauses Habsburg=Lothringen liegen und es eine ausgemachte Sache ist, daß die Privatlehen und Fideicommisse des Adels sich häufig die Thronfolgegrundsätze ihres Herrscherhauses zum Vorbilde genommen haben.

Digitized by Google

In Bezug auf die Thron- und Lehnfolge sind alle Schriftsteller über das aufgestellte Princip einig:

H. A. Zachariä, deutsches Staatsrecht Bd. I. §. 73. (II. Aufl.)

G. M. Weber, Handbuch des Lehnrechtes Bd. III.

H. Zöpfl, Grundsätze des Staatsrechts Bd. II. §. 253.

Mit besonderer Ausführlichkeit und Bestimmtheit spricht sich

Gönner, Archiv für Gesetzgebung Bd. II. Heft II. Nr. XV.

darüber aus:

„daß ein Weiberlehen, wenn es einmal den weiblichen Linien zufiel, unter den Nachkommen der zur Succession berufenen und in das Lehen eingetretenen Weiber seine primitive Natur wieder annehme, daher bei ferneren Successionsfällen unter ihren Nachkommen das männliche Geschlecht wieder den Vorzug erhalte, ist eine natürliche Folge des Satzes, daß ein jedes Institut, sobald es die Verhältnisse erlauben, wieder in seine Regel zurücktreten muß."

Diese Verwandlung der cognatischen Erbfolge in eine agnatische nach stattgehabtem Uebergange in den Weibsstamm findet ebenso wohl da statt, wo die gemeinrechtliche Lehnfolge gilt, als wo eine besondere Successionsordnung eingeführt ist.

So sagt G. M. Weber a. a. O. Bd. IV. S. 36 ausdrücklich:

„Sowie übrigens die Primogenitur auf den Weibsstamm gekommen ist, so wird dieselbe wieder agnatisch."

Auch in Bezug auf die Fideicommißerbfolge wird dieser Satz allgemein anerkannt.

So sagt der bekannte Präsident, Freiherr von Dalwigk in seinem Erbrecht Bd. III. S. 56:

„Im Fall der Stifter ausdrücklich verordnet, daß nach Erlöschung des Mannsstammes das Fideicommiß auf die weiblichen Linien übergehen solle, so bleibt es auch unter den weiblichen Abkömmlingen bei der Lineal- und Erstgeburtsfolge mit Vorzug ihrer männlichen Nachkommen. . . Ist dann einmal vom letzten Besitzer ein durch weibliche Nachkommen abstammender männlicher Descendent zum Besitze des Fideicommisses gelangt, so tritt unter seiner Nachkommenschaft der Vorzug des Mannsstammes mit Erstgeburtsfolge ein."

Ganz dasselbe behauptet der neuere Monograph des Familienfideicommisses, der Appellationsrath von Salza und Lichtenau S. 118:

„Wenn der Stifter klar und unzweideutig über die Fortdauer des Fideicommißverbandes nach Stammeserlöschen sich ausgesprochen hat, tritt die subsidiäre Fideicommißfolge der weiblichen Descendenten und ihrer Abkömmlinge in derselben Ordnung ein, wie solche vordem bei dem Mannsstamme beobachtet worden ist. Es findet auch hier der Vorzug des männlichen Geschlechtes wiederum statt",

und S. 141:

„Sowie übrigens bei Fideicommissen die Primogenitur einmal auf den Weibsstamm übergegangen ist, so wird dieselbe wieder agnatisch.“

§. 4.

Die Bestimmungen des Oesterreichischen Gesetzbuches über die weibliche Erbfolge in Familienfideicommissen.

Mit der weiblichen Erbfolge beschäftigt sich §. 626 des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs, welcher in dieser Beziehung lediglich die gemeinrechtlichen Grundsätze sanctionirt und folgendermaßen lautet:

„Die weibliche Nachkommenschaft hat in der Regel keinen Anspruch auf Fideicommisse. Hat aber der Stifter ausdrücklich verordnet, daß nach Erlöschen des Mannsstammes das Fideicommiß auf die weiblichen Linien übergehen soll, so geschieht dieses nach der für die männliche Geschlechtsfolge vorgeschriebenen Ordnung; doch gehen die männlichen Erben derjenigen Linie, welche zum Besitze des Fideicommisses gelangt ist, den weiblichen Erben vor.“

Da in den Stiftungsurkunden nicht selten nach Abgang des Mannsstammes eine subsidiäre weibliche Erbfolge angeordnet worden ist, ohne daß dabei eine genaue Festsetzung der Successionsordnung unter den Cognaten statt gefunden hat, so ist es die Aufgabe des Gesetzgebers, für die cognatische Succession eine klare Regel aufzustellen. Diese muß sich auf zwei Punkte beziehen:

a. auf den ersten Uebergang der Succession in den Weibsstamm;

b. auf die weitere Succession im Weibsstamm, nachdem der erste Anfall statt gefunden hat.

Gönner, a. a. O. S. 265 bezeichnet diese zwiefache Aufgabe der Gesetzgebung bei Regelung der weiblichen Erbfolge sehr richtig folgendermaßen:

„Jede vernünftige Gesetzgebung, die von Principien ausgeht, und nach einem Systeme die Hauptfälle genau zergliedert, wird den ersten Anfall auf den weiblichen Stamm von den weitern Anfällen unter den Nachkommen der Weiber unterscheiden: sie wird im letzten Fall den Vorzug der männlichen Descendenten aussprechen.“

Diese beiden Punkte sind durch §. 626. des Oesterreichischen Gesetzbuchs, vollständig im Sinne des gemeinen Rechtes und nach der Analogie der Lehnfolge, geordnet.

Der erste Punkt ist durch die Worte:

„Hat aber der Stifter ausdrücklich verordnet, daß nach Erlöschung des Mannsstammes das Fideicommiß auf die weiblichen Linien übergehen soll, so geschieht dieses nach der für die männliche Geschlechtsfolge vorgeschriebenen Ordnung.“

in's Reine gebracht.

Digitized by Google

Ist daher die Primogenitur für den Mannsstamm angeordnet, so ist beim ersten Uebergange die älteste Tochter mit ihrer Nachkommenschaft zunächst berufen, auch eine Cognatin weiblichen Geschlechts kann hier zur Succession gelangen. Aber sobald dieser Uebergang erfolgt ist, tritt in der Descendenz dieser Cognatin die Successionsordnung des Mannsstammes wieder mit allen ihren Consequenzen, also auch dem Vorzuge des Mannsstammes, wieder ein. Diesen, oben als gemeinrechtlich nachgewiesenen Satz, der mit der Natur des Familienfideicommisses auf's engste zusammenhängt, wollte das Oesterreichische Gesetzbuch durch die Schlußworte des Paragraphen sanctioniren. Die Worte: „doch gehen die männlichen Erben derjenigen Linie, welche zum Besitze des Fideicommisses gelangt ist, den weiblichen Erben vor," beziehen sich also nur auf den Fall, wo sich ein Fideicommiß bereits im Weibsstamme befindet und wo es darauf ankommt, die weitere Succession zu regeln. Mit dem Ausdruck „männliche" und „weibliche Erben" wollte das Gesetz nicht nur das Geschlecht des Individuums, sondern die männliche und weibliche Abstammung der Anwärter bezeichnen. Da das Oesterreichische Gesetzbuch juristische Fremdwörter möglichst zu vermeiden sucht, so bot sich keine bessere Bezeichnung für agnatisch und cognatisch dar, als männliche und weibliche Erben. In diesem Sinne versteht auch Winiwarter Bd. III. S. 141., der berühmte Commentator des Oesterreichischen bürgerlichen Gesetzbuchs, diesen zweiten Abschnitt des §. 626, indem er sagt:

„Unter den Töchtern hat aber die Erstgeborene und ihre Nachkommenschaft den Vorzug (also Anna Elisabeth und ihre Descendenz vor allen jüngeren Töchtern Rudolfs und ihrer Descendenz). In der Linie der Tochter, welche zum Besitze des Fideicommisses gelangt ist, gehen jedoch wieder die männlichen Descendenten vor, weil die Nachfolge der männlichen Nachkommenschaft (also das agnatische Princip) der Natur des Fideicommisses mehr angemessen ist."

Mit dem Tode des Fürsten Prosper von Sinzendorf erfolgte der Uebergang in den Weibsstamm nach den Grundsätzen des §. 626. Mit Heinrich LXIV. kam die weibliche Linie der Anna Elisabeth von Sinzendorf zur Succession, sie ist im Sinne des Gesetzbuchs „diejenige Linie, welche zum Besitze des Fideicommisses gelangt ist." Die Linie, welche von dieser Stammmutter ausgeht, verwandelt sich aber sogleich nach dem Uebergange in eine neue Agnation; demnach müssen nach §. 626. alle weiblichen Erben, d. h. alle Weiber und deren Abkömmlinge, also die Kieswetters, Schulenburgs u. s. w. so lange ausgeschlossen bleiben, als noch ein successionsfähiger agnatischer Abkömmling aus der Ehe der Anna Elisabeth von Sinzendorf mit Heinrich I. Reuß vorhanden ist.

Digitized by Google

§. 5.

Beleuchtung der Schlußworte der Siegmund-Friedrichschen Stiftungsurkunde, wodurch eine subsidiarische weibliche Erbfolge angeordnet wird.

Mit den (§. 2. bis §. 5.) erörterten Grundsätzen des gemeinen und des Oesterreichischen Rechtes über die weibliche Erbfolge in Familienfideicommissen steht die Verordnung der Stiftungsurkunde in vollem Einklange. Die hier entscheidende Stelle lautet:

„Wan aber deß graf Theodori und seiner Brüder, auch meines verstorbenen Herrn Bruders Seel. graf Hanß Joachims Linien (daß Gott lang verhüetten wolle) absterven sollten, so solle dieses Mairat auf weiß und maaß wie oben von meines Herrn Bruders graf Rudolf Seel. Lini gedacht, auf meines Herrn Bruders Graf Hanß Joachim auch Seel. Linie, nach diesem endtlich auf meines Herrn Bruders Seel. Graf Rudolfs Töchter und ihre Erben fallen."

Der kinderlose Graf Siegmund Friedrich von Sinzendorf hatte zwei Brüder; beide waren bereits zur Zeit der Testamentserrichtung verstorben, beide hatten aber männliche Descendenz hinterlassen. Aus unbekannten Gründen begünstigte der Fideicommißstifter Siegmund Friedrich die Descendenz seines jüngern Bruders Rudolf. Zunächst setzte er dessen erstgebornen Sohn Theodor und dessen männliche Descendenz ein, darauf berief er die übrigen Söhne Rudolfs und deren Mannsstamm; die Töchter Rudolfs und deren Abkömmlinge mußten aber zunächst dem Hans-Joachimischen Mannsstamme weichen, welcher nach Abgang des Rudolfischen Mannsstammes berufen wurde. Erst nach Abgang auch dieses Hans-Joachimischen Zweiges wurde der Weibsstamm berufen. Aber hier trat die Begünstigung der Rudolfischen Descendenz wieder hervor; nach Erlöschen des Hans-Joachimischen Mannsstammes sollten nicht die Cognaten dieses Zweiges zur Succession gelangen, sondern die Rudolfischen Töchter und ihre Erben.

Während der ganze erste Theil des Art. VIII. sich mit der Successionsordnung des Rudolfischen Mannsstammes beschäftigt, bezieht sich der soeben angeführte Schlußsatz lediglich auf die subsidiär eintretende Erbfolge des Hans-Joachimischen Mannsstammes und der Rudolfischen Töchter.

Die subsidiäre Erbfolge hat in dem oben angeführten Schlußsatze des Art. VIII. ihre zweifache Abstufung:

1) Der Stifter nimmt an, daß der ganze Rudolfische Mannsstamm erloschen, der Hans-Joachimische aber noch in Blüthe ist; für diesen Fall beruft er den Hans-Joachimischen Stamm.

2) Der Stifter nimmt an, daß nicht nur der Rudolfische, sondern auch der Hans-Joachimische Mannsstamm — somit der gesammte Sinzendorfische Mannsstamm — aus-

Digitized by Google

gegangen ist. Erst für diesen Fall beruft er den Weibsstamm und zwar wieder den Rudolfischen, „Graf Rudolfs Töchter und ihre Erben."

Der Stifter hat zunächst den zahlreichen blühenden Mannsstamm seines Bruders Rudolf vor Augen, ein etwaiges Erlöschen desselben liegt ihm als eine unwahrscheinliche Möglichkeit in weiter Ferne. Daher ordnet er die Erbfolge im Rudolfischen Mannsstamme mit großer Ausführlichkeit; für die subsidiarisch eintretende Erbfolge der Hans=Joachimischen Linie und des Rudolfischen Weibsstammes genügt es ihm, auf jene genau beschriebene Successionsordnung zu verweisen. Diese Verweisung geschieht durch die Worte:

> „nach weiß und maaß wie oben von meines Herrn Bruders Graf Rudolf Seel. Lini gedacht."

Dieser wichtige Zusatz bezieht sich ebenso auf die Succession des Hans=Joachimischen Mannsstammes, wie auf die der Rudolfischen Töchter und ihrer Erben. Die ganze Schlußbestimmung bildet grammatisch Einen unzertrennbaren Satz, in welchem nur Ein Subject — „dieses Majorat" — und nur Ein Prädicat — „soll fallen" — vorhanden ist. Unmittelbar nach dem Subjecte stehen die Worte: „auf weiß und maaß wie oben," welche das Eine Prädicat des ganzen Satzes, die Art und Weise „des Fallens," näher bestimmen sollen. Es ist unlogisch und gegen alle Regeln der Grammatik, wenn behauptet wird, daß der Zusatz: „auf weiß und maaß wie oben," sich nur auf die Succession des Hans=Joachimischen Mannsstammes, nicht aber auf die Erbfolgeordnung der Töchter und ihrer Erben beziehe.

Hätte der Stifter für die Töchter eine andere Successionsart anordnen wollen, wie für den Mannsstamm, so hätte er nicht in einem und demselben Satze ihre Succession bestimmen können, sondern hätte die verschiedene Anordnung auch äußerlich auf das bestimmteste trennen müssen.

Somit steht der Satz fest:

> daß in dem mit Heinrich LXIV. zur Nachfolge gelangten Weibsstamm ganz dieselben Successionsgrundsätze gelten müssen, wie für den erloschenen Sinzendorfischen Mannsstamm.

Für den Sinzendorfischen Mannsstamm galt anerkanntermaßen das agnatische Successionsprincip, d. h. so lange ein Mannserbe vorhanden war, konnte kein Cognat zur Erbfolge gelangen. Soll daher für den Weibsstamm ganz derselbe Successionsmodus eintreten, wie für den Mannsstamm, so muß auch in demselben das agnatische Princip, d. h. der Vorzug des Mannsstammes, wieder in's Leben treten; denn dieses Princip bildet gerade den eigentlichen Kernpunkt der fideicommissarischen Erbfolge. Es ist nicht, wie die Gegner meinen, eine Inconsequenz, ein Widerspruch, wenn man annimmt, daß nach der Anordnung des Stifters eine Tochter Rudolfs in Person habe succediren können, daß aber

Digitized by Google

unter ihren Nachkommen in der weiblichen Linie, die zum Besitze des Fideicommisses gelangt ist, wieder der Vorzug des Mannsstammes einzutreten habe. Der Kläger begeht den großen Fehler, zwei juristisch ganz verschiedene Fälle der cognatischen Succession zu vermischen, nämlich den ersten Anfall an den Weibsstamm und die weitere Succession in dem Weibsstamm. Bei dem ersten Anfall muß nothwendig ein einmaliger Bruch des agnatischen Successionsprincips eintreten; darin besteht ja überhaupt die Anomalie der subsidiären cognatischen Erbfolge. Mit der einmaligen Durchbrechung ist aber das agnatische Princip keineswegs für immer beseitigt, es lebt sobald wie möglich wieder auf, um in sein altes Recht zurückzutreten; so wird in dem neuen zur Succession gelangten Geschlechte die Erbfolge wieder ganz nach denselben Grundsätzen geregelt, welche in dem erloschenen Mannsstamme galten.

Diese allein richtige Auslegung der Verordnung des Stifters, daß die Erbfolge in dem Weibsstamm ganz nach denselben Grundsätzen wie im Mannsstamme statt zu finden habe, enthält daher nichts Widersprechendes oder Inconsequentes, sondern spricht nur eine, schon in der Natur der Fideicommißerbfolge begründete Regel aus.

Klägerischerseits legt man ein Hauptgewicht darauf, daß der Stifter ganz im Allgemeinen „die Töchter und ihre Erben" berufen und somit durchaus nicht zwischen männlichen und weiblichen, agnatischen und cognatischen Erben unterschieden habe; es sei also etwas willkürliches, wenn man bei der Auslegung diese Unterscheidung hineintrage. Aber gerade diese Behauptung zeigt so recht die Haltlosigkeit der klägerischen Gründe. Der Stifter konnte, wenn er seine Absicht ausdrücken wollte, gar keine anderen Worte wählen; hätte er, wie der Kläger will, gesagt: „die Töchter und ihre männlichen Erben", so wäre dadurch ein ganz anderer, als der beabsichtigte Sinn entstanden. Der Stifter wollte keineswegs die Töchter Rudolfs und blos ihre männlichen Erben berufen, sondern die gesammte Descendenz dieser Töchter, sowohl männliche wie weibliche; allein für diese gesammte Descendenz sollte ganz derselbe modus succendendi wie für den ursprünglichen Mannsstamm statt finden, d. h. in der zur Succession gelangten Descendenz einer Rudolfischen Tochter sollte zwar der Vorzug des Mannsstammes wieder eintreten, aber keineswegs die Weiber und deren Abkömmlinge ganz ausgeschlossen, sondern (wie im ursprünglichen Mannsstamm) erst dann berufen sein, wenn die agnatische Descendenz wieder abgegangen ist. Demnach gebührt den agnatischen Nachkömmlingen der Anna Elisabeth und ihres Gemahls, den Gliedern des neugebildeten Mannsstammes Reuß-Köstritz, unbedingt der Vorzug vor allen Nachkommen, die nicht zum erlauchten Geschlechte der Reußen gehören, den Kiesewetters, Schulenburgs u. s. w. Erst wenn der ganze, aus der Ehe der Anna Elisabeth von Sinzendorf mit Heinrich I. Reuß entsprossene Mannsstamm erloschen sein sollte, könnte wieder von einer cognatischen Succession eines Gliedes dieser Familien die Rede sein, welche sich aber, nach erfolgtem ersten Anfall, sogleich wieder in eine agnatische verwandeln würde.

Digitized by Google

Solche **subsidiäre Successionsrechte sind den cognatischen Abkömmlingen des Hauses Reuß-Köstritz nicht abzusprechen; aber bei dem blühenden Mannsstamme dieses Hauses liegt ihre Verwirklichung in weiter Ferne.**

Von Interesse ist es, daß fast zu derselben Zeit und in derselben Familie ein Fideicommiß errichtet wurde, in welchem die subsidiäre cognatische Erbfolge ganz auf gleiche Weise bestimmt wurde. Im Jahre 1687 errichtete eine Gräfin von Sinzendorf ein Fideicommiß, worin sie, „wenn dieser drei Grafen von Sinzendorf absteigende männliche Linie erlöschen sollte, sodann auch deren weibliche Descendenten in Ordnung, wie die Grafen von Sinzendorf, selbst und ihre männlichen Descendenten substituirt sind" — berief.

Dr. Ignaz Wildner, welcher als eine gewichtige Autorität in allen Fideicommißsachen gilt, hat diese Fideicommißurkunde und einen dabei vorgekommenen Successionsstreit in seiner Zeitschrift „der Jurist" Bd. I. S. 17 besprochen. Da der von ihm mitgetheilte Fall mit dem unsrigen verwandt ist, so möge die dort ausgesprochene Rechtsansicht hier ihren Platz finden:

„Die Maria Elisabeth Gräfin Sinzendorf, verehelichte Gräfin B**, hat die Anwartschaft obigen Fideicommisses auf die gräfliche B**sche Familie gebracht. Diese Anwartschaft lautet dahin, „„daß sie und ihre Descendenten in Ordnung, wie die Grafen von Sinzendorf und ihre männlichen Descendenten, zu diesem Fideicommiß substituirt sind, succediren sollen"", unter welchem Ausdruck „Ordnung" die Stifterin, dem Sprachgebrauche ganz gemäß, die ganze Art und Weise der Nachfolge in Fideicommisse begriff. Nun hatten aber die Grafen von Sinzendorf die Successionsweise, daß der Mannsstamm derselben, so lange er, wenn auch in noch so fernem Grade, bestand, alle Weiber und männlichen Descendenten der Weiber ausschloß. Folglich hat die Maria Elisabeth Gräfin Sinzendorf, verehelichte Gräfin B** die Anwartschaft auf ihre Descendenten eben so übertragen, d. h. so, daß der von ihr herstammende Mannsstamm, solang etwas Männliches von ihm vorhanden ist, den aus ihm entsprossenen Weibern und den durch diese herkommenden Männern vorgezogen werden soll, welche Anordnung sich sehr leicht begreift, indem die Stifterin doch wollen mußte, daß das Fideicommiß bei jenem Stamm und Namen sich erhält, welchen die von ihr descendirende Gräfin Sinzendorf durch ihre Verehelichung erhalten hat, was nur durch die Vererbung im Mannsstamm möglich ist."

Setzen wir statt der Maria Elisabeth von Sinzendorf den Namen der Anna Elisabeth von Sinzendorf und statt der gräflichen Familie B** die fürstliche Familie Reuß-Köstritz, so können wir die Worte des gewiegten Oesterreichischen Juristen buchstäblich auf unsern Fall anwenden.

Digitized by Google

§. 6.

Ergebniß.

Mit der ganzen juristischen Natur des Familienfideicommisses hängt das agnatische Successionsprincip so innig zusammen, daß es als dessen Norm und Regel betrachtet werden muß. Wo daher eine cognatische Erbfolge durch den ausdrücklichen Willen des Stifters angeordnet ist, ist dies als eine Abweichung von der Regel zu betrachten. Sobald als möglich muß die Regel wieder in ihr altes Recht treten, d. h. der Vorzug des Mannsstammes muß in der zur Succession gelangten Linie wieder zur Geltung kommen, die cognatische Succession muß sich in eine neue agnatische verwandeln. (§. 2.) Dafür spricht auch die Analogie der Lehen- und Thronfolge, das gemeine Lehnrecht, wie die Hausgesetze der deutschen Fürstenhäuser. (§. 3.) Auch der §. 626. des Oesterreichischen bürgerlichen Gesetzbuchs enthält in seinem Schlußsatz die ausdrückliche Sanction des gemeinrechtlichen Grundsatzes, daß in der weiblichen Linie, welche zum Besitze des Fideicommisses gelangt ist, der Vorzug des Mannsstammes von neuem zur Geltung kommt. (§. 4.) Mit diesem Grundsatze des gemeinen und des Oesterreichischen Rechts stimmt die hier einschlagende Stelle der Stiftungsurkunde vollständig überein. (§. 5.) Der Stifter verordnet nämlich, daß nach Ausgang des gesammten Sinzendorfischen Mannsstammes „die Töchter Rudolfs und ihre Erben" zur Succession gelangen sollen und zwar „nach weiß und maaß" wie die Succession im Mannsstamm geregelt ist. Die im Mannsstamm geltenden Successionsgrundsätze müssen daher auch jetzt, bei der Succession des Weibsstammes, in ihrer vollen Consequenz zur Anwendung kommen; zu diesen Successionsgrundsätzen gehört vor allem auch das agnatische Princip oder der Vorzug des Mannsstammes. Anna Elisabeth von Sinzendorf ist durch ihre Verehelichung mit Heinrich I. Grafen Reuß die Stammmutter des Hauses Reuß-Köstritz geworden, welches mit Heinrich LXIV. zur Succession gelangt ist. So lange daher agnatische Nachkommen der Anna Elisabeth von Sinzendorf aus ihrer Ehe mit Heinrich I. Grafen Reuß, die den Namen und das Wappen der Reußen führen, vorhanden sind, sind alle cognatischen Descendenten, wie die Kiesewetters, Schulenburgs, unzweifelhaft ausgeschlossen. Da nun das Haus Reuß-Köstritz gegenwärtig sehr zahlreiche Agnaten hat, welche den Vorzug vor allen Cognaten haben, so sind die vermeintlichen Ansprüche des Lieutenants von Kiesewetter und des Herrn von Schulenburg als völlig nichtig zu verwerfen.

Digitized by Google

Zweiter Abschnitt.

B. Ist die in der Stiftungsurkunde vorgeschriebene Successionsordnung eine Primogenitur oder ein Majorat im heutigen Sinne? (Beleuchtung der sich entgegenstehenden Ansprüche des Prinzen Heinrichs IV. und des Prinzen Heinrichs LXXIV. Reuß-Köstritz.)

§. 1.

Die Lage der Controverse.

Da durch die bisherige Erörterung unzweifelhaft festgestellt worden ist, daß in der, von Anna Elisabeth von Sinzendorf ausgehenden Descendenz der Vorzug des Mannsstammes wieder einzutreten hat, so ist das Haus Reuß-Köstritz als der neugebildete Mannsstamm anzusehen, dessen Agnaten bei der gegenwärtigen Fideicommißsuccession allen Cognaten vorzugehen haben. So stehen sich denn, nach Beseitigung der Kiesewetterschen Ansprüche, jetzt nur noch die beiden Agnaten des Hauses Reuß-Köstritz: Prinz Heinrich IV. und Prinz Heinrich LXXIV. gegenüber; beide stützen ihr Recht auf ihre Abstammung von Anna Elisabeth von Sinzendorf, Prinz Heinrich IV. will als der Primogenitus, Prinz Heinrich LXXIV. als der, dem Grade nach nächste Verwandte des letzten Besitzers succediren. Beide berufen sich auf die Stiftungsurkunde Siegmund Friedrichs; ihre Auslegung ist aber verschieden, Prinz Heinrich IV. findet darin die Primogenitur, Prinz Heinrich LXXIV. die Gradualfolge, Majorat im heutigen Sinne, vorgeschrieben; wenigstens, behauptet der letztere hohe Prätendent, habe dann der dem Grade nach nächste Verwandte einzutreten, wenn der letzte Besitzer, wie hier Heinrich LXIV., ohne Descendenz verstorben sei. Die Entscheidung dieser Frage muß in den Worten und dem Sinne der Stiftungsurkunde gesucht werden; ihre Auslegung bildet daher die Grundlage der folgenden Erörterung.

§. 2.

Die auf die Succession bezüglichen Bestimmungen der Stiftungsurkunde.

Gewöhnlich hat man bei Beleuchtung der Stiftungsurkunde, d. h. des Testamentes des Grafen Siegmund Friedrich vom 28. Sept. 1678, nur auf Art. VIII. Rücksicht genommen.

Digitized by Google

Die Erbseinsetzung ist aber bereits im Art. VII. enthalten und darf nicht außer Acht gelassen werden; sie lautet:

„Dazu constituire ich zu meinem wahren Universalerben den hoch- und wohlgebornen Grafen und Herrn, Herrn Theodorum, als meines verstorbenen Herrn Bruders Graf Rudolfs ältesten Sohn."

Der Stifter hatte keine Descendenz; er ernannte daher seines Bruders Rudolf ältesten Sohn Theodor zum ersten Fideicommißbesitzer. Offenbar liegt darin schon eine Hindeutung auf die Primogenitur, daß der Stifter ihn nicht als seinen nächsten Verwandten, sondern „als seines verstorbenen Bruders ältesten Sohn" beruft.

Darauf geht der Stifter im Art. VIII. zur nähern Bestimmung der Successionsordnung über:

„Achten thue ich hiemit alle meine Haab und gutter — nichts davon außgenommen zu einem Majorat mach, in Bedenkhung ich reiflich erwogen, wie nutz und gut zur Erhaltung der Geschlechter solches sey."

Bei einer oberflächlichen Betrachtungsweise könnte der Ausdruck „Majorat" dazu verleiten, hier eine Gradualfolge angeordnet zu finden, denn nach unserm, gegenwärtig angenommenen Sprachgebrauche wird das „Majorat" allerdings der Primogenitur entgegengesetzt und darunter diejenige Erbfolge verstanden, wo zunächst die Gradesnähe entscheidet, unter mehreren, dem Grade nach gleich nahen Verwandten der älteste succedirt.

Eine solche Annahme widerspricht aber dem Sprachgebrauche der damaligen Zeit. Die jetzt übliche Unterscheidung zwischen „Majorat und Primogenitur", welche auch in die neueren deutschen Gesetzbücher, insbesondere in das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch §. 619. übergegangen ist, ist modernen Ursprungs.

W. A. F. Danz, Handbuch des D. Privatrechts, B. VIII. S. 39.
G. M. Weber, Handbuch des Lehenrechts, B. IV. S. 53.

Selbst gegenwärtig hat sich, neben jenem speciellen Majoratsbegriff, noch ein weiterer Begriff erhalten, wornach man unter „Majorat" jede Individualsuccession nach Altersvorzug versteht. Das Majorat in diesem weitern Sinne begreift daher die Primogenitur, das Majorat im speciellen Sinne der modernen Rechtswissenschaft und das Seniorat unter sich. In diesem Sinne nennt man auch noch heut zu Tage einen Fideicommißbesitzer „den Majoratsherrn," wenn er auch (wie dies gewöhnlich der Fall ist) nach den Regeln der Primogenitur zur Succession gelangt ist. In der französischen Rechtssprache, durch deren Vermittelung das Wort Majoratus, Maioria, Majorasco, aus dem Spanischen zu uns gekommen ist, wird auch gegenwärtig noch „Majorat" regelmäßig zur Bezeichnung derjenigen Erbfolgeordnung gebraucht, welche man jetzt in Deutschland „Primogenitur" zu nennen pflegt. So wurden die zahlreichen, unter Napoleon I. für seine Prinzen und Marschälle neu errichteten

Digitized by Google

Lehen und Fideicommisse „Majorate" genannt, während die Succession nach den Regeln der agnatischen Linealfolge mit dem Vorzug der Erstgeburt bestimmt wurde.

G. M. Weber, a. a. O. B. IV. S. 15.

Im XVII. Jahrhundert verstand man auch in Deutschland unter einem Majorat regelmäßig ein Fideicommiß mit Erstgeburtsfolge. So sagt Wildner in seinem Oesterreichischen Fideicommißrecht S. 157: „Die Primogenitur, in der alten Zeit fast immer unter dem Ausdrucke Majorat begriffen, ist ein Fideicommiß mit Linealfolge." Gerade für die älteren Oesterreichischen Fideicommisse bezeugt Winiwarter a. a. O. B. III. S. 131 diesen Sprachgebrauch ausdrücklich:

„In den älteren Fideicommißstiftungen wurden die Ausdrücke Primogenitur und Majorat nicht genau unterschieden. Gewöhnlich wird Majorat genannt, was eigentlich Primogenitur heißen sollte."

Dieser für uns so gewichtige Ausspruch Winiwarters findet seine Unterstützung in zahlreichen Urkunden aus jener Zeit, worin s. g. Majorate begründet werden, für welche aber die Succession nach der Primogeniturordnung deutlich vorgeschrieben wird. Als einen schlagenden Beweis für unsere Behauptung, daß im XVII. Jahrhunderte der Ausdruck „Majorat" zur Bezeichnung der Primogenitur gebraucht worden sei, führen wir eine Stelle aus dem Testamente Ferdinands II. von 1621 an, worin er die Primogeniturordnung für seine Nachkommen feststellte:

„Daß von nun hinführan zu ewigen Zeiten alle unsre Erbkönigthümer, Erzherzogthümer, Fürstenthümer, Land, Leute sammt aller Ein- und Zugehörung keineswegs noch auf einige Weise zertheyllet oder zertrennt, sondern allezeit insgesammt auf die ältisten Descendenten nach Art und Ausweisung des juris primogeniturae und majoratus fallen und versammt werden sollen."

In seinem Codicille verleibte derselbe Herrscher am 10. Mai 1621 auch alle künftigen Erwerbungen diesem, von ihm aufgerichteten „Majorasco" ein.

Hermann Schulze, das Recht der Erstgeburt in den deutschen Fürstenhäusern S. 401.

Aus obiger Stelle geht unzweifelhaft hervor, daß man im XVII. Jahrhunderte das Wort „Majorat" gleichbedeutend mit „Primogenitur" brauchte, denn diese beiden Bezeichnungen sind ja in dem kaiserlichen Testamente als identisch nebeneinander gestellt; auch steht fest, daß trotz der in dem Testamente gebrauchten Worte „Majorasco" und „Majoratus" in dem hohen Erzhause das Recht der Primogenitur, d. h. der agnatischen Linealfolge mit Vorzug der Erstgeburt, als hausgesetzliche Successionsnorm stets beobachtet worden ist.

Völlig verkehrt ist die Behauptung, daß in der damaligen Zeit die Primogenitur, als Successionsordnung, noch gar nicht bekannt gewesen, es demnach ein Anachronismus sei, wenn man aus der vorliegenden Verordnung Siegmund Friedrichs von 1678 eine Erstgeburtsord-

Digitized by Google

nung herauslesen wolle. Im Gegentheil steht unzweifelhaft fest, daß sowohl in den Hausgesetzen der meisten Fürstenhäuser damals bereits die Primogenitur eingeführt war, als auch daß dieselbe in den Privatfideicommissen bei weitem die üblichste Successionsart war, wie sie es heut zu Tage noch ist.

Besonders seit dem Erscheinen der goldenen Bulle im Jahre 1356 wurde die Primogenitur in vielen Fürsten- und Grafenhäusern hausgesetzlich eingeführt; sie ist keine moderne Erfindung, sondern eine, im hohen deutschen Adel uralte Successionsart. Geschah es früher auch bisweilen, daß man die Erstgeburtsfolge, aus Mißverständniß, durch Berücksichtigung der Gradesnähe trübte; seit dem XVII. Jahrhunderte wurde die reine Primogenitur, bei welcher allein die Prärogative der Linie entscheidet, die herrschende Successionsform.

Hermann Schulze, das Recht der Erstgeburt in den deutschen Fürstenhäusern S. 393.

Auch ältere Schriftsteller charakterisiren die reine Primogenitur, d. h. die Linealfolge mit Vorzug der Erstgeburt, auf das bestimmteste. So beschreibt der bekannte Jurist Franz Hotmann schon in der Mitte des XVI. Jahrhunderts mit vollem Verständniß das Wesen der Linealprimogenitur:

„Quemadmodum natu major filius ceteros omnes natu minores excludit, ita stirps natu majoris stirpem natu minoris excludit. —— Suitas semel uni stirpi quaesita, quam diu in ea masculini supersunt, nunquam ab ea divellitur — — — in successionibus non tam graduum aut aetatis quam stirpis ratio habetur, nam aetatis praerogativa quidem dominatur, sed in filiorum gradu duntaxat, qui in liberorum linea primus est, ubi vero ultra filiorum gradum controversia producta est, tum aetatis ratio non habetur, sed loci ac sedis."

In dem Codex Austriacus vom Jahre 1704 sind zahlreiche Fideicommißstiftungen aus dem XVII. Jahrhunderte mitgetheilt, für welche die reine Linealfolge mit Erstgeburt angeordnet ist. Ja, Dr. Ignaz Wildner, welcher in den Fideicommißstiftungen des Oesterreichischen Adels so bewandert ist, bezeugt ausdrücklich:

Daß fast alle Privatfideicommisse der älteren und der neueren Zeit die Successionsweise der Primogenitur haben; ———— in ganz Mähren soll es unter allen den zahlreichen Fideicommissen nur ein einziges geben, welches nicht die reine Primogeniturfolge hat; ja die Primogenituren waren damals (d. h. im XVII. Jahrhunderte) so häufig und allein an der Tagesordnung, daß an eine andere Art der Fideicommisse gar nicht gedacht wurde.

J. Wildner, „Der Jurist" B. I. S. 12 und 16.

Daher ist es durchaus sach- und sprachgemäß, wenn wir in der Erklärung des Stifters: „daß er alle seine Haab und gutter zu einem Majorat mach", eine Hinweisung auf die Primogenitur finden; besonders da er weiter hinzufügt, daß dieses geschehe:

Digitized by Google

„in Bedenkung ich reiflich erwogen, wie nuz und gut zur Erhaltung der Geschlechter solches sey.“

Stand es doch schon damals unter allen Sachkundigen fest, daß es eben keine bessere und nützlichere Successionsform zur Erhaltung der Geschlechter gäbe, als die reine Linealfolge mit Primogenitur.

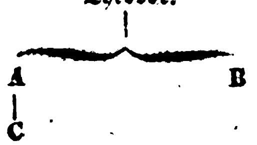
Der Codex Austriacus, welcher die Siegmund=Friedrichsche Stiftungsurkunde aufführt, begnügt sich, diese Verordnung nur bis hierher mitzutheilen. Er giebt den Art. VII., wo Theodor als der älteste Sohn Rudolfs eingesetzt wird und den Anfang des Art. VIII., wo erklärt wird, daß der Gütercomplex zu einem Majorat gemacht werde. Mehr schien dem Redactor des Codex nicht nöthig, er fand schon darin, nach dem damaligen Sprachgebrauch, eine klare Anordnung der Primogeniturfolge; alles übrige betrachtete er als eine weitere Ausführung dieses einfachen, selbstverständlichen Satzes.

Für jeden unbefangenen Leser des Art. VIII. wird die Sache durch die nun folgende nähere Beschreibung der Successionsordnung über allen Zweifel erhoben:

„Es solle aber solches Majorat nach volgender gestalt hiemit ein= und aufgerichtet sein und verstanden werden: Nemlich daß nach absterben besagt meines Herrn Vetters graf Theodori als Universalerbens alle meine hinterlassenen und ihm von mir verschafften Hab und Gutter, nichts davon außgenommen, Erstlich auf seinen Eltisten Ehelichen Soh, da er deren zeig solte und nach solches ableiben auf dessen Ersten Sohns Soh fallen solle und also jed zeit (damit daß Majorat um soviel aufrichter erhalten werden möchte, welches vor allem zu beobachten ist) von dem Vater auf den Sohn falle.“

Der kinderlose Stifter Siegmund Friedrich hat zunächst im Art. VII. seinen Neffen (oder, wie er sich nach dem damaligen Sprachgebrauche ausdrückt, „seinen Vetter“) zum Universalerben eingesetzt. Dieser ist in Art. VIII. als der erste Fideicommißinhaber gedacht; nach dessen Tode soll das Fideicommiß auf seinen ältesten ehelichen Sohn fallen, wenn er mehrere zeugen sollte; nach dem Tode des ersten Sohnes wird des ersten Sohnes Sohn berufen. Darin liegt schon die unzweideutige Sanction der Primogenitur. Denken wir uns den Fall, daß Theodor zwei Söhne A und B gehabt habe, daß aber der ältere Sohn vor ihm mit Hinterlassung eines Enkels C gestorben sei, so würde beim Tode des Theodor der zweite Sohn B dem Erblasser einen Grad näher stehen, als der Enkel C, nach dem Grundsatze der Gradualfolge also den Vorzug vor C haben.

Theodor.



Eine solche, der Linealfolge schnurstracks zuwiderlaufende Berücksichtigung des Grades wollte der Stifter unmöglich machen; denn es kam ihm darauf an, die Linealfolge in ihrer vollen Reinheit zu bewahren. Da gerade der oben erörterte Erbfall der gewöhnlichste ist, wo Primogenitur und Gradualfolge mit einander in Widerspruch treten, so entschied der Stifter denselben auf die unzweideutigste Art, um jeden Gedanken an eine Einmischung der Gradualfolge, also des Majorats im modernen Sinne, abzuweisen. Wenn dagegen behauptet wird: „daß diese Stelle des Fideicommißinstruments die Annahme einer Primogenitur nicht begründen könne, denn auch beim Majorat werde ja der älteste oder erstgeborene Sohn zunächst berufen, nur die Berufung der älteren Linie kennzeichne die Primogenitur," so zeigt diese Behauptung, daß man die Stelle durchaus nicht verstanden hat; denn nicht blos der älteste Sohn A, sondern auch des Sohnes Sohn, d. h. seine gesammte männliche Linie, erhält den Vorzug vor dem B, obgleich dieser dem Grade nach näher steht. Auch neuere Gesetze wissen das Wesen der Primogenitur, im Gegensatze zum Majorat, nicht besser zu definiren, als dadurch, daß sie gerade diesen einen Fall des Conflictes ausdrücklich entscheiden. So bezeichnet das Bayerische Edict von 1818 §. 87 die Primogenitur als diejenige Erbfolge, „vermöge deren der Bruder des letzten Besitzers dessen Söhnen, Enkeln und weiteren männlichen Descendenten weichen muß."

Aber nicht blos in diesem einen Falle, sondern überall und durchaus sollte die Linealfolge beobachtet werden. Der Stifter fährt daher fort:

„und also jeder Zeit."

Wie in diesem einen ausdrücklich entschiedenen Falle, so soll jeder Zeit, d. h. in allen Successionsfällen, wo Lineal- und Gradualfolge mit einander in Conflict gerathen, entschieden werden, also immer zu Gunsten der Linie.

Sehr bezeichnend für die Primogeniturfolge sind auch die Worte: „und also jeder Zeit **vom Vater auf den Sohn falle.**"

Mit diesem Satze charakterisirt der Stifter das Wesen der reinen Primogenitur in seinem innersten Kern; dieses besteht gerade darin, daß die Primogenitur die Descendentenerbfolge par excellence ist, daß bei ihr ein Repräsentationsrecht in infinitum stattfindet, indem selbst der entfernteste Descendent die Stelle seines vorher gestorbenen Ascendenten einnimmt.

Herm. Schulze, das Recht der Erstgeburt rc. S. 397.

Gerade darin liegt der wesentliche Unterschied zwischen der Primogenitur und dem Majorate im modernen Sinne, indem das ohne Rücksicht auf den einzelnen Erbschaftsfall erworbene und dem Successionsrechte anhängende Erstgeburtsrecht auf die Nachkommen devolvirt wird, das erst durch den Erbschaftsanfall erworbene Majoratsrecht dagegen nicht auf die Descendenten übergehen kann.

G. M. Weber, a. a. O. Bd. IV. S. 50.

Digitized by Google

Verstirbt daher der Major oder der zur Zeit, wo der letzte Besitzer noch am Leben ist, nächste Agnat vor angefallener Erbschaft, so können seine Descendenten das Majoratsrecht nicht erben, sondern das Fideicommiß fällt auf den, der zur Zeit des Erbschaftsanfalles, unter den gleich nahen Agnaten den Jahren nach zufällig der Aelteste ist.

Beim Majorate findet kein Repräsentationsrecht statt; von einem Uebergange des bloßen Successionsrechtes vom Vater auf den Sohn ist nicht die Rede. Allerdings folgt auch hier der älteste Sohn, als nächster Verwandter, seinem Vater, wenn dieser das Fideicommiß bereits erworben hat; aber stirbt der Vater, welcher für seine Person der am nächsten Berechtigte gewesen wäre, ehe der Anfall erfolgt ist, so überträgt er sein Successionsrecht keineswegs auf seinen Sohn, sondern nun entscheidet wieder lediglich die Gradesnähe und der Zufall des Alters. Eine solche Successionsweise, welche das Ueberspringen von einer Linie in die andere sehr begünstigt, wollte der Stifter gerade durch die Vorschrift, „daß das Majorat jeder Zeit vom Vater auf den Sohn falle," unmöglich machen und dadurch festsetzen, daß der Sohn jeder Zeit, d. h. bei allen möglichen Erbfällen, in den erledigten Platz seines Vaters einzutreten habe.

Würde Fürst Heinrich LXIII. bei dem Tode des letzten Fideicommißinhabers noch gelebt haben, so würde Er unbestritten den Vorzug vor seinem jüngern Bruder Heinrich LXXIV. gehabt haben. Dieses Vorzugsrecht soll aber, nach der Absicht des Stifters, nicht blos Etwas rein Persönliches sein, sondern es ist auch mit für die Descendenz, für die gesammte Linie erworben, der Sohn soll seinen Vater repräsentiren, so daß im vorliegenden Falle Heinrich IV. ganz in die Stelle seines durchlauchtigsten Vaters Heinrichs LXIII. einzutreten und ebenso wie dieser Heinrich LXXIV. auszuschließen hat. —

Nicht aus Laune oder Willkür, sondern aus klarer Einsicht in die Natur der Sache will der Stifter gerade diese Erbfolge und keine andere beobachtet wissen; er giebt ausdrücklich den Grund an, weßhalb er die strenge Lineal- oder Descendentenerbfolge angeordnet hat:

„damit das Majorat um soviel aufrichter erhalten werden möchte, welches vor allem zu beobachten ist."

Allerdings trägt jede Fideicommißstiftung in gewisser Weise dazu bei, das Ansehen einer Familie aufrecht zu erhalten, indem ihr ein gewisser Gütercomplex dadurch für alle Zeiten gesichert wird; aber ebenso steht es fest, daß die verschiedenen Successionsordnungen, welche mit einer Fideicommißstiftung verbunden werden können, mehr oder weniger geeignet sind, durch einen ruhigen und gesicherten Erbgang den Wohlstand und das Ansehen einer erlauchten Familie aufrecht zu erhalten. Auch der Stifter ist sich wohl bewußt, daß allerdings schon jedes Fideicommiß in gewisser Beziehung diesem Zweck dient, aber er will auch gerade diejenige Successionsordnung, welche diesem Zweck im erhöheten Maße entspricht; darum bedient er sich der comparativischen Form, „um soviel aufrichter," er will einen modus succe-

Digitized by Google

dendi, welcher zur Erhaltung der Geschlechter noch mehr geeignet ist, als die anderen etwa noch denkbaren Successionsordnungen. Anerkanntermaßen ist aber zur Sicherung des Erbganges und somit zur Erhaltung der Geschlechter keine Successionsordnung geeigneter, als die Linealfolge mit Vorzug der Erstgeburt. Der wesentliche Vorzug derselben besteht besonders darin, daß sie die successionsfähige Nachkommenschaft in eine unabänderliche Reihe stellt, welche von keinem Zufalle abhängig ist. Während das Majorat ein Ueberspringen von einer Linie zur anderen eintreten läßt, verharrt die strenge Primogenitur, im festen, unabänderlichen Gange, bei einer Linie bis zu deren Erlöschen. Bei einer solchen stabilen Erbordnung ist der Fideicommißfolger unwiderruflich bestimmt; es werden keine vergeblichen Hoffnungen auf die Succession hervorgerufen, wie es überall der Fall sein muß, wo der rein persönliche Gradesvorzug und das natürliche Alter den Ausschlag geben.

Hermann Schulze, das Recht der Erstgeburt rc. S. 396.

Gerade bei umfangreichen Fideicommißherrschaften ist eine solche unabänderliche Successionsordnung von großer wirthschaftlicher Bedeutung. Nichts ermuthigt den Besitzer mehr zur Verbesserung und Vermehrung des Fideicommißgutes, als die sichere Aussicht, daß das Gut seiner Linie bis in die entferntesten Glieder erhalten werde. Aber auch für die Anwärter, welche noch nicht zum Besitz gelangt sind, hat eine solche stätige Linealfolge einen großen Vorzug vor der zufälligen, unstät hüpfenden Gradualfolge. Es liegt gewiß im Interesse des Fideicommißgutes, daß der künftige Besitzer von frühauf für seine künftige bedeutsame Stellung erzogen und vorgebildet werde. Wirthschaftliche Verwaltungskenntnisse sind für ihn, wenn nicht unentbehrlich, doch in hohem Grade wünschenswerth. Bei der festen Successionsreihe der Linealfolge kann ein Anwärter, wenn er auch selbst noch nicht im Besitz des Fideicommisses ist, doch darauf rechnen, daß sein ältester Sohn nach seinem, vor dem Anfall des Fideicommisses erfolgten Tode in seine Stelle tritt, er kann also den künftigen Fideicommißerben von frühauf sorgfältig für seinen Beruf vorbereiten. Ganz anders, wo die Gradualfolge entscheidet; hier hängt es lediglich vom Zufall ab, ob ein Anwärter den Tod des letzten Besitzers selbst noch erlebt; stirbt er vor dem letzten Besitzer, so geht sein Successionsrecht nicht etwa auf seinen Sohn über, sondern das Fideicommiß springt vielleicht auf einen andern Verwandten, der zufällig, im Augenblicke des Todes des letzten Besitzers, diesem dem Grade nach näher steht. Die so wichtige Rücksichtnahme auf die angemessene Erziehung des Fideicommißerben für seine künftige Stellung ist bei dieser Erbfolgeart weniger thunlich; dagegen werden viel leichter vergebliche Hoffnungen rege gemacht, deren Vereitelung Mißstimmung und Zwist in der Familie hervorruft. Davon kann bei der Linealfolge nicht die Rede sein, sie ist eine so einfache, klare und unabänderliche Successionsnorm, daß, wo dieselbe anerkannt ist, Successionsstreitigkeiten fast undenkbar sind.

Alle wissenschaftlichen Autoritäten der älteren und neueren Zeit erkennen, ebenso wie die Gesetzgeber, der Primogenitur den Preis zu und erklären sie für diejenige Successions-

Digitized by Google

ordnung, welche dem Zwecke aller Fideicommißstiftungen, der Erhaltung der Geschlechter, am meisten entspricht.

Schon der alte Melchior von Ludolf am Ende des XVII. Jahrhunderts hat dies richtig erkannt:

„Utilitas publica, quam pro fine habet juris primogeniturae introductio, si ulla alia in re, certe in familiarum illustrium ac nobilium conservatione elucescit."

Ludolf in introductione primogeniturae, Pars spec. aphor. VIII. No. 14.

Ebenso spricht sich auch der neuere Monograph des Familienfideicommisses, der K. Sächsische Appellationsrath von Salza und Lichtenau auf das bestimmteste für die Primogenitur aus:

„Die Erstgeburtsfolge verdient um deswillen den Vorzug vor den anderen Erbfolgenormen, weil, wenn sie auch von der römischen Erbfolge abweicht, dieser doch mehr sich nähert, als die Majoratsfolge und weil sie ferner das Springen des Fideicommisses von einer Linie in die andere, welches bei der Majoratsfolge stattfindet, verhütet, bei derselben also eine Verbesserung und Vermehrung des Fideicommißgutes eher zu erwarten steht, als bei jener. ——— Auch ist die Linealfolge der Primogenitur als die gewöhnliche Art der Individualsuccession um deswillen vor den übrigen Arten dieser Succession zu begünstigen, weil durch keine andere derselben der Zweck eines untheilbaren Familienfideicommisses so vollständig und sicher erreicht wird."

Gleicher Ansicht ist auch der Präsident Freiherr von Dalwigk in seinem Erbrechte B. III. S. 47:

„Das Uebergehen der Erbfolge von der geraden zur Seiten-Linie in der Art, wie es bei Majoraten geschieht, kann vom Staate nicht begünstigt werden, —— auch ist die Verbesserung und Vermehrung des Fideicommisses bei Majoraten weniger als bei der Primogeniturfolge zu erwarten; so wird auch im Grunde durch Zulassung derselben der Zweck verfehlt, warum die Gesetzgebung dem Adel die Errichtung von Fideicommissen gestattet."

Geleitet von dem richtigen Gedanken, daß zur Erhaltung der Geschlechter keine Successionsordnung dienlicher sei, als die Primogenitur, ging die Gesetzgebung in Bayern soweit, sogar die Privatwillkür des Stifters zu beschränken und zu verordnen, daß bei neu zu errichtenden Familienfideicommissen gar keine andere Successionsordnung eingeführt werden dürfe, als die Erstgeburtsfolge.

Bayerisches Edict von 1818. §. 87.

Soweit ging allerdings die Oesterreichische Gesetzgebung nicht; aber auch sie räumt, aus gleichen Gründen, der Primogenitur im §. 620 des Allgem. bürgerl. Gesetzbuchs einen wesentlichen Vorzug ein, wovon weiter unten (S. 49) die Rede sein wird.

Von diesem in der Wissenschaft, wie in der Gesetzgebung allgemein anerkannten Grundsatze ging auch Graf Siegmund Friedrich in seinem Testamente aus; es lag ihm vor allem

Digitized by Google

am Herzen, „daß das Fideicommiß um soviel aufrechter erhalten werde“, daß eine Successionsordnung beobachtet werde, „welche nutz und gut sei zur Erhaltung der Geschlechter“ und daher konnte und wollte er keine andere Successionsordnung einführen, als die Primogenitur.

Obgleich der Stifter schon mit den bereits erörterten Sätzen die Erstgeburtsfolge hinreichend bezeichnet hat, so sucht er doch, immer wieder mit neuen Wendungen, das Wesen der Linealfolge festzustellen. Er fährt daher fort:

„Und geht vornemlich meine intention dahin, daß dieses Majorat, so lange ein Manßerbe von offt besagt meines Herrn Vetters Theodori lini vorhanden, bei ihnen verbleiben solle.“

Hier, und immer wieder von neuem, hebt der Stifter den Vorzug der Linie hervor; nicht der Neffe Theodor allein für seine Person, sondern die ganze von ihm ausgehende Linie wird allen andern Verwandten vorgezogen. Nicht die zufällige Gradesnähe, sondern die feste Linealordnung ist das leitende Princip seiner Verordnung — „darauf geht vornemlich seine Intention — das ist vor allem zu beobachten.“

Wäre daher sein Neffe Theodor vor ihm, mit Hinterlassung von Mannserben verstorben, so würde nicht etwa Theodors zweiter Bruder, der ja dem Stifter dem Grade nach am nächsten verwandt gewesen wäre, gefolgt sein, sondern selbst der entfernteste Descendent Theodors würde den Bruder ausgeschlossen haben.

Wie ist es möglich, die Linealordnung schärfer zu bezeichnen? Wie kann man hier nur irgend an Majorats- oder Gradualfolge denken? Das Wesen der letztern besteht ja gerade darin, daß auf die Linie gar keine Rücksicht genommen wird, „nulla habita lineae ratione,“ wie schon die älteren Juristen es charakterisiren.

In den folgenden Sätzen sucht der Stifter die von ihm beabsichtigte Successionsordnung durch eine reiche Casuistik zu erläutern. Es läßt sich nicht in Abrede stellen, daß seine Ausdrucksweise dabei wohl einigermaßen schwerfällig und verworren erscheint, wie es fast bei allen Fideicommißstiftungen aus der älteren Zeit der Fall ist; aber bei einem tieferen Eindringen in den Sinn der Worte, bei einer Berücksichtigung der damaligen, noch weniger feststehenden Rechtssprache, bei einer tieferen Betrachtung, nicht blos einzelner abgerissener Stellen, sondern des Gesammtinhalts und Zusammenhangs des ganzen Artikels ergiebt sich das befriedigende Resultat, daß die nun folgenden Sätze mit der Hauptstelle am Anfange des Art. VIII, wodurch die Primogenitur klar und unzweideutig festgestellt worden ist, im besten Einklange stehen.

Um die einzelnen Sätze zu verstehen, muß man sich vor allem den ganzen Gedankengang des Stifters in Art. VII. und VIII. seiner Verordnung lebhaft vergegenwärtigen. Er beobachtet bei der Berufung zur Erbfolge eine ganz bestimmte Stufenfolge.

Digitized by Google

Im Art. VII. beschäftigt er sich mit der Erbeseinsetzung Theodors; darauf geht er im Art. VIII. dazu über, wie es nach dem Absterben Theodors gehalten werden soll; er unterscheidet dabei wieder zwei Hauptfälle, welche er beide mit „nemlich" einleitet:

1) Nämlich den Fall, daß Theodor Mannserben hinterläßt (von den Worten: „nemlich daß nach absterben besagt meines Herrn Vetters graf Theodori — auf den Eltisten und seinen nechsten befreundeten");

2) Nämlich den Fall, daß Theodor keine Mannserben hinterläßt, und also die Succession auf seine Brüder und deren Mannserben zu gelangen hat. (Von den Worten: „nemlich wenn deß Theodori Mannßsuccession abgestorben ——— jedoch mit dieser expressen condition.")

Erst am Schlusse des ganzen Artikels gelangt der Stifter zu dem Falle, wo der ganze Rudolfische Mannsstamm als ausgestorben gedacht wird. Da dieser Schlußsatz bereits in dem ersten Abschnitte dieser Schrift seine hinreichende Erörterung gefunden hat und anerkanntermaßen feststeht, daß die, für den Rudolfischen Mannsstamm vorgeschriebene Successionsordnung auch für den, jetzt im Besitz befindlichen Rudolfischen Weibsstamm den Ausschlag zu geben hat: so haben wir uns jetzt lediglich mit demjenigen Theile des Art. VIII. zu beschäftigen, welcher die Nachfolge unter Rudolfs Söhnen regelt. Wir folgen auch hier der Anordnung der Stiftungsurkunde und betrachten zuerst den Fall, wo Theodors Mannsstamm als noch blühend angenommen wird.

I. Succession in Theodors Mannsstamm.

Die Worte, wodurch das Successionsprincip der Linealprimogenitur in seinen allgemeinen Grundzügen klar und unzweideutig festgesetzt wird, haben ihre genügende Erörterung gefunden. Sie lauten im Zusammenhange:

„Nemlich daß nach absterben besagt meines Herrn Vetters graf Theodori als Universalerbens alle meine hinterlassenen und ihm von mir verschafften Hab und Gutter, nichts davon außgenommen, Erstlich auf seinen Eltisten Ehelichen Soh, da Er deren zeig solte und nach solches ableiben auf dessen Ersten Sohns Soh fallen solle und also jed zeit (damit daß Majorat um soviel aufrichter erhalten werden möchte, welches vor allem zu beobachten ist) von dem Vatter auf den Sohn falle und geht vornemlich meine intention dahin, daß dieses Majorat, so lange ein Manßerbe von offt besagt meines Herrn Vetters Theodori lini vorhanden, bei ihnen verbleiben solle."

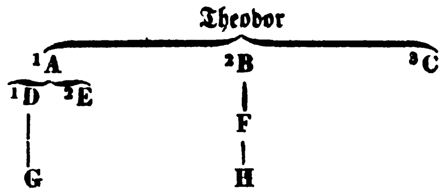
So weit geht die Feststellung des allgemeinen Princips; nun folgt die Erläuterung desselben durch Entscheidung einzelner fingirter Erbfälle, zunächst im Theodorischen Mannsstamme:

„und zwar wan eine von meines Herrn Vetters Theodori Sohns linia absterben würde,

Digitized by Google

solle solches majorat von deß abgestorbenen, welch de Eltiste seiner lini und possessor dessen geweßt, auf den Eltisten und seinen nechsten befreundeten" ——— fallen.

Der Stifter fingirt also hier, daß Theodor Söhne gehabt habe und daß von diesen Söhnen wieder Linien ausgegangen seien. Seine Vorstellungsweise wird durch folgende Tafel erläutert:



Das Fideicommiß ist im vorliegenden Falle vom Theodor auf den A, vom A auf den D, vom D auf den G, also immer *vom Vater auf den Sohn*, gefallen, nun ist auch E als letzter Besitzer gestorben und also der Fall eingetreten, daß eine von Theodors Sohneslinien, nämlich die Linie des A, abgestorben ist. Der letzte Besitzer E ist „*der Eltiste seiner Lini*" gewesen, d. h. der Aelteste, nicht nach den Grundsätzen des Seniorats, auch nicht nach denen des Majorats, sondern der Aelteste nach den Grundsätzen der Linealfolge, also der Repräsentant der ältesten Linie, der Primogenitus. Ist nun die ganze Sohneslinie des A abgegangen, so fällt das Majorat wieder auf den „*Eltisten*", d. h. nicht etwa auf den Agnaten, welcher unter den, dem letzten Besitzer dem Grade nach nächsten Verwandten der „Eltiste" ist, sondern auf den *Repräsentanten der ältesten Linie*, wie es consequentermaßen verstanden werden muß; also wäre B todt, so würde F „der Eltiste seiner Lini" dem C vorgehen, obgleich dieser dem letzten Besitzer E einen Grad näher steht.

Wenn das Testament sagt, daß das Majorat fallen solle von dem letzten Besitzer „auf *den* Eltisten und *seinen* nechsten befreundeten," so läßt dies zwei Auslegungen zu, welche aber gleichmäßig die Annahme der Primogenitur unterstützen. Es ist möglich, daß der Stifter *absichtlich* die *Wortstellung* so gewählt hat: „auf *den* Eltisten und *seinen* nechsten befreundeten" und damit etwas anderes hat sagen wollen, als ob es hieße: auf seinen eltisten und nechsten befreundeten. In diesem Falle würden sich die Worte: „und *seinen* nechsten befreundeten" nicht auf den letzten Besitzer zurückbeziehen, sondern soviel ausdrücken als: auf den nächsten Befreundeten des Aeltesten oder Erstgebornen. Dies ist aber zunächst sein Sohn, überhaupt seine Descendenz, also soll nicht blos F selbst dem C vorgehen, sondern auch, wenn F bereits verstorben sein sollte, soll sein Sohn H, als sein nächster Befreundeter, ganz an seine Stelle treten.

So sehr *diese* Auslegung dem übrigen Inhalte der Stiftungsurkunde entspricht und die Annahme der Primogenitur unterstützt, so darf man, bei der ganzen Schreibart der damaligen Zeit, auf die Wortstellung nicht allzu viel Gewicht legen und es ist ebenso möglich, daß der Stifter nichts anderes hat ausdrücken wollen, als ob er gesagt hätte: „auf *seinen* eltisten

Digitized by Google

und nechsten befreundeten", so daß der Aelteste und der Nächste dieselbe Person sind. Aber auch diese zweite Auslegung führt zu demselben Resultat, denn wir werden unten (S. 42) bei dem Passus, wo es heißt: „auf den negsten befreindeten und Eltisten", ausführlich darthun, daß die beiden Worte „Aeltester" und „Nächster" gerade in ihrer Nebeneinanderstellung, in ihrer Beziehung auf dieselbe Person, nichts anderes als den Primogenitus bedeuten können.

Schon hier sei jedoch bemerkt, daß es keineswegs sprachwidrig und gezwungen ist, wenn man das Wort „Aeltester", besonders in älteren Fideicommißurkunden, nicht auf das physische Alter, sondern auf das Alter der Linie bezieht. Dafür sprechen sich die wissenschaftlichen Autoritäten mit Bestimmtheit aus. So sagt C. J. A. Mittermaier in seinem Deutschen Privatrecht B. II. §. 450:

> „Wenn in den Urkunden von Vorzug des Aeltesten die Rede ist, so wird der Aelteste in der Linie darunter verstanden."

Damit stimmt auch der öfters erwähnte Salza und Lichtenau a. a. O. S. 148 überein:

> „Im Zweifel ist vielmehr das Wort „Aeltester" auf das Alter der Linie, nicht auf das physische Alter der Familienglieder zu beziehen und drückt allein und ohne Beisatz präsumtiv die Primogenitur aus."

Ganz das Gleiche behauptet auch der Freih. von Dalwigk a. a. O. S. 47:

> „Das Wort „Aeltester" drückt die Primogenitur aus."

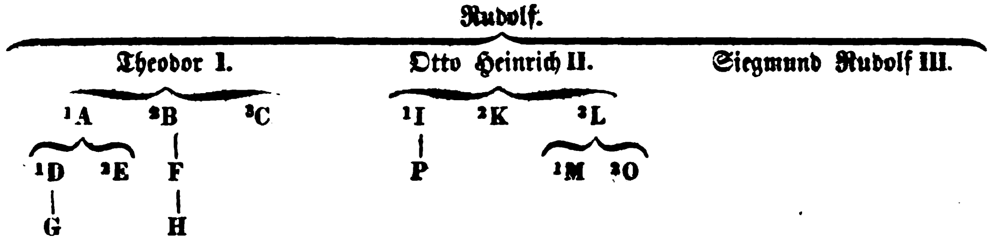
Sind diese Schriftsteller der Ansicht, daß das Wort „Aeltester" schon an und für sich auf die Primogenitur zu beziehen sei, so muß dies hier um so unzweifelhafter sein, als es ausdrücklich „der Eltiste seiner Lini" heißt und der ganze Zusammenhang fortwährend auf die Linealfolge hinweist.

II. Succession nach Abgang des Theodorischen Mannsstammes in den Linien seiner Brüder.

Diese wird durch folgende Worte geregelt:

> „Wenn deß Theodori Mannßsuccession abgestorben, solle alßdann desselben Eltisten verstorbenen negster und eltister Brud oder Vetter von meines Herrn Bruders Graf Rudolfs Seel. Söhnen herkommende succediren, non attento da gleichselbig von meines Herrn Vettern jüngern oder Eltisten Söhnen einer herkomme. Sond gleich alß wan es ihnen ab intestato von seinen negsten befreindeten zukomme, doch mit diesem unterschiedt, da zwei od mehr in gleich gradu im leben waren, daß auf den Eltisten von Jahren und hernach seine succession in descendenti linea, biß selbige wiederum abstirbt, fallen solle. Wan aber auch diese absterben würde, so solle es, wie vorgemelt, auf deß abgestorbenen negsten befreindeten und Eltisten fallen."

Auch hier wird die Einsicht in die vom Stifter fingirten und entschiedenen Erbfälle durch eine Stammtafel befördert:



Im vorliegenden Falle wird der ganze Mannsstamm des erstgebornen Sohnes Theodor als ausgestorben gedacht. Es soll „alsdann desselben Eltisten verstorbenen negster und eltister Brud" succediren. Sprachlich und nach dem ganzen Zusammenhange sind die Worte „desselben Eltisten verstorbenen" auf Theodor selbst zu beziehen. Theodor ist ja der älteste Sohn Rudolfs und wird hier als verstorben fingirt; ja, eine Beziehung dieser Worte auf einen etwaigen letzten Besitzer aus dem Theodorischen Stamme ist unmöglich, denn hätte ein solcher letzter Besitzer z. B. G oder H noch einen Bruder gehabt, so hätte ja von einem Aussterben der Theodorischen Linie nicht die Rede sein können. Wenn man dem Stifter hier also nicht einen baaren Unsinn unterschieben will, so kann er unter dem „Eltisten verstorbenen" hier nur Theodor selbst, nicht einen etwaigen letzten Besitzer aus seinem Stamme verstanden haben. Er beruft zunächst dieses verstorbenen Theodors nächsten und ältesten Bruder.

Will man, wie dies von Seiten des Fürsten Heinrich LXXIV. geschieht, hiermit eine Gradualfolge angeordnet finden, so ist die Bezeichnung „nächster Bruder" ein Unding; denn nach der Gradesnähe betrachtet, stehen sich ja alle Brüder vollkommen gleich, es ist einer so nahe wie der andere und kann daher von einem nächsten Bruder nicht die Rede sein. Einen guten Sinn giebt diese Bezeichnung dagegen, wenn man sie im Sinne der Primogenitur auslegt. Der nächste Bruder ist darnach derjenige, welcher der Primogenitur am nächsten steht, also unter mehreren Brüdern derjenige, welcher nach Wegfall des Erstgebornen nun der Aelteste an Jahren ist. Wenn also der Aelteste, Theodor, ohne männliche Descendenz verstorben ist, kommt sein nächst-ältester Bruder, Otto Heinrich, an die Reihe. Es ist keineswegs unlogisch, diesen nun als Erstgeborenen zu bezeichnen; im physischen Sinne kann es freilich immer nur Einen Erstgeborenen geben, aber juristisch ist auch der zweite resp. dritte Bruder, welcher in den erledigten Platz des ersten einrückt, ein Primogenitus geworden, weil auf ihn die Rechte der Erstgeburt übergegangen sind.

Aber neben dem Bruder steht auch der Vetter: „Bruder oder Vetter." Es ist ja möglich, daß nach dem Tode Theodors der nächst-älteste Bruder, also hier Otto Heinrich, schon abgegangen ist, da soll nun keineswegs die Succession sogleich auf den dritten Bruder Siegmund Rudolf springen; das Vorzugsrecht des nächst-ältesten Bruders ist kein rein persönliches, sondern er transmittirt es auf seine gesammte männliche Descendenz.

Diese kann aber nicht bestimmter bezeichnet werden, als durch den Beisatz „Vetter", denn nach dem Sprachgebrauche des Testaments bedeutet „Vetter" immer Brudersohn. Ist daher der nächst-älteste Bruder nicht mehr am Leben, so wird er durch seinen Sohn repräsentirt, welcher, dem Verstorbenen Theodor gegenüber, als Vetter d. h. Brudersohn erscheint. Daß gerade der Brudersohn Theodors hiermit gemeint sei, wird durch den Zusatz: „von meines Herrn Bruders Graf Rudolfs Seel. Söhnen herkommend", über allen Zweifel erhoben. Auch ist es sehr bezeichnend, daß nur von Einem Vetter die Rede ist, welcher an die Stelle des nächst-ältesten Bruders zu treten hat, weil nach dem Gesetz der Primogenitur in der ganzen Linie der Eine Vetter unabänderlich bestimmt ist, welcher in den erledigten Platz seines verstorbenen Ascendenten einzurücken hat.

Aber selbst damit hat sich der Stifter noch nicht genug gethan; er will immer von neuem und für alle Fälle den Satz einprägen, daß alle Vettern, die von dem nächst-ältesten Bruder abstammen, den Vorzug haben sollen vor dem jüngsten Bruder, Siegmund Rudolf. Er fügt daher weiter hinzu:

„non attento da gleichselbig von meines Herrn Vettern jüngern oder Eltisten Söhnen einer herkomme."

„Mein Herr Vetter", d. h. der Vetter oder Brudersohn des Stifters, ist Otto Heinrich; dieser hat, nach der Annahme des Stifters, mehrere Söhne, die wir I, K, L genannt haben. Es soll, nach obigen Worten, also gar nicht darauf ankommen, ob nun jemand von dem ältesten oder jüngsten Sohne Otto Heinrichs herstammt; ja selbst ein Descendent der jüngsten Linie des L, also M und nach ihm O, hat immer noch als ein Vetter aus der zweiten, der Otto-Heinrichschen Linie, den Vorzug vor dem dritten Bruder Siegmund Rudolf; erst wenn alle Vettern des Otto-Heinrichschen Stammes, also auch die aus der jüngsten Linie des L, abgegangen sind, fällt das Fideicommiß auf den dritten Bruder Siegmund Rudolf und seinen etwaigen Mannsstamm.

Dieses Repräsentationsrecht, wornach die Vettern, d. h. die Neffen und Großneffen Theodors an die Stelle von dessen Bruder, Otto Heinrich ihren Ascendenten, aufrücken sollen, charakterisirt der Stifter folgendermaßen:

„gleich alß wan es ihnen ab intestato von seinen negsten befreindeten zukomme."

Jede fideicommissarische Succession findet in Folge der ausdrücklichen Verordnung eines Stifters statt, bildet also schon dadurch, ebenso wie durch ihre ganze rechtliche Natur, einen Gegensatz zur Intestatsuccession. Der Stifter kann also nur eine gewisse Aehnlichkeit der von ihm gewollten Successionsordnung mit der Intestaterbfolge vor Augen gehabt haben.

Eine solche Aehnlichkeit bietet nun allerdings die Primogenitur im höheren Grade, als die anderen fideicommissarischen Successionsordnungen des Majorats und Seniorats; sie nä-

Digitized by Google

hert sich, wie Salza, Dalwigk und andere Schriftsteller richtig bemerken, mehr der gewöhnlichen Intestaterbfolge.

Salza und Lichtenau a. a. O. S. 151.

Dalwigk a. a. O. S. 49:

„Wenn auch die Erstgeburtsfolge von der gewöhnlichen Erbfolgeordnung abweicht, so nähert sich dieselbe doch der letzteren mehr, als die Majorats- und Senioratsfolge."

Diese größere Analogie beruht eben in dem ausgedehnten Repräsentationsrecht, kraft dessen bei der Primogenitur der Descendent immer in den Platz seines verstorbenen Ascendenten einrückt, während beim Majorat der Zufall des Grades und des Alters entscheidet und ein Major, der vor dem Anfall des Fideicommisses verstirbt, niemals sein Vorzugsrecht auf seine Descendenten transmittiren kann (S. 31).

Gerade auf diese Analogie der Primogeniturfolge mit der Intestatsuccession kam es dem Stifter an. Er verordnet daher:

Alle Descendenten aus der Linie des nächst-ältesten Sohnes (also Otto Heinrichs), mögen sie von dessen ältestem oder jüngstem Sohne abstammen, also selbst die Descendenten des L, haben den Vorzug vor dem dritten Bruder Siegmund Rudolf, und zwar so, daß sie ähnlich, wie bei der Intestaterbfolge, in die Stelle ihres verstorbenen Ascendenten einzurücken haben (also z. B. M und dann O in den Platz des L).

Der Stifter in seiner unermüdlichen Casuistik möchte alle möglichen Fälle berücksichtigen und ausdrücklich entscheiden. Er fährt daher fort:

„doch mit diesem unterschiedt, da zwei od mehr in gleich gradu im leben waren, daß auf den Eltisten von Jahren und hernach seine succession in descendenti linea, biß selbige wiederum abstirbt, fallen solle."

Wenn jene Analogie mit der Intestaterbfolge in Bezug auf das Repräsentationsrecht Platz greift, so findet doch auch wieder ein Unterschied statt, nämlich bei der gewöhnlichen Intestaterbfolge sind alle Söhne oder Brüder vollkommen gleich, sie succediren gemeinsam; anders bei der Primogeniturfolge, hier schließt der Aeltere den Jüngeren aus. Der Stifter dachte mit diesem Satz: „da zwei od mehr in gleich gradu im leben waren" — an folgende Fälle:

1) Nach dem kinderlosen Tode des Theodor sind Otto Heinrich und Siegmund Rudolf in gleichem gradu vorhanden; hier hat der Aelteste an Jahren den Vorzug, also Otto Heinrich.

2) Nach Otto Heinrichs Tode sind seine drei Söhne I, K, L im gleichen Grade verwandt; hier hat zunächst I, dann K den Vorzug vor L.

Digitized by Google

3) Sind aber I, K und L verstorben und nur M und O als gleichgradige Anwärter vorhanden, so hat wieder der Aeltere M den Vorzug vor O.

Aber dieser Vorzug wird nicht nur für die Person, sondern für die ganze Descendenz mit erworben, er haftet „an der Descendentenlinie, bis diese wiederum abstirbt." Hat also I als der älteste vor den gleichgradigen K und L den Vorzug, so hat er ihn nicht nur für sich selbst, sondern auch für den P und seine gesammte männliche Descendenz erworben. —

Uebrigens ist wohl zu bemerken, daß hier in der ganzen Verordnung das Wort „gradus" zum ersten und einzigen male vorkommt. Da die, in diesem Absatze enthaltene Vorschrift des Stifters in vollem Einklange mit dem Wesen der Primogenitur erklärt werden kann, so wäre es jeder gesunden Auslegungskunst zuwider, wenn man aus diesem einmaligen Vorkommen des Wortes „Grad" sogleich auf eine Gradualfolge oder ein Majorat schließen wollte, dessen Annahme mit allen übrigen klaren Vorschriften des Stifters, mit dem ganzen Geiste und innern Zusammenhange der Stiftungsurkunde in offenbarem Widerspruche stehen würde.

Auch ist nicht zu übersehen, daß in der damaligen Zeit auch in anderen Fideicommißurkunden nicht selten von Graden die Rede ist, bei denen die Primogenitur ebenso bestimmt wie hier, ja mit ausdrücklicher Benennung dieser Successionsart festgesetzt ist.

So verwilligte der Kaiser Leopold I. im Jahre 1685 einer Gräfin Sinzendorf:

„daß sie ihr obbedeutetes vorhabendes fideicommissum familiae perpetuum in forma primogeniturae in gewöhnlicher Form und nach Ausweisung der königlichen Landesordnung verfassen und die gradus successionis aussetzen könne."

Mitgetheilt in der Zeitschrift „Der Jurist" B. I. S. 1.

Noch bezeichnender ist eine andere Fideicommißurkunde aus derselben Zeit, wo die Primogenitur und der Vorzug des Grades so nebeneinander gestellt werden, daß man deutlich ersieht, wie wenig man damals bei Erwähnung des Grades an eine Gradualfolge im heutigen Sinne dachte, welche ja den Gegensatz der Primogenitur bildet. Ein Großvater errichtete zwei Fideicommisse für seine zwei Enkel mit der Bestimmung:

„daß Sie beide, meine Enkel, nach Absterben ihres Vaters, in diese zwei, denselben zugewiesenen Fideicommißgüter und ihre eheliche männliche Descendenz direct secundum gradus praerogativam in infinitum nach Ordnung und Recht der Primogenitur succediren."

Dr. Ignaz Wildner, welcher hunderte von Oesterreichischen Fideicommißurkunden vor Augen gehabt hat, stellt daher für den Sprachgebrauch der älteren Fideicommißurkunden die Behauptung auf:

„Es ist durchaus nicht ausgemacht, daß Gradus soviel als unser Verwandtschaftsgrad bedeute —— es hat somit nur die eigenthümliche Bedeutung: „Stufe, Absatz", woraus dann durchaus kein Argument auf ein Majorat zulässig ist."

Digitized by Google

Hierauf folgen die Worte:

„Wann aber auch diese (d. h. die zur Succession gekommene Descendentenlinie des Aeltesten oder Primogenitus) absterben würde, so solle es wie vorgemelt, auf des abgestorbenen nechsten befreindeten und eltisten fallen."

Es ist bereits oben gezeigt worden, daß das Wort „Aeltester" schon an und für sich häufig zur Bezeichnung des Repräsentanten der ältesten Linie, des Erstgeborenen, gebraucht wird (S. 37); noch bestimmter weist darauf die Verbindung von „Nechster und Aeltester" hin. Gerade die Verbindung dieser beiden Eigenschaften in Einer Person ist ein Widerspruch vom Standpunkt des Gradualmajorats, während sie, im Sinne der Primogenitur ausgelegt, ihre sehr gute Bedeutung erhält.

Der Stifter will beide Eigenschaften an dem Fideicommißnachfolger vereinigt haben, er soll in allen Fällen der älteste und zugleich der nächste Verwandte des letzten Besitzers sein. Nimmt man nun, wie von anderer Seite geschieht, hier das „nächst" nach dem Grade der Verwandtschaft und das „ältest" nach den Geburtsjahren, so erhält die Vorschrift des Stifters für die meisten Successionsfälle eine sich widersprechende und unmögliche Vorschrift, weil häufig der, welcher dem Grade nach der nächste zum letzten Besitzer ist, den Geburtsjahren nach ein jüngerer Verwandter in der Familie ist, und umgekehrt der den Geburtsjahren nach älteste häufig ein dem Grade nach entfernterer ist. Nur ausnahmsweise kann es vorkommen, daß die dem Grade nach nächste Person zugleich auch die den Geburtsjahren nach älteste ist. Mithin würde daher der Stifter für die meisten Successionsfälle eine unmögliche, also keine Regel aufgestellt haben.

Können wir daher, ohne den Worten Gewalt anzuthun, eine Auslegung finden, welche eine für alle Fälle anwendbare Regel aufstellt, also dem Stifter statt einer widersprechenden eine vernünftige Vorschrift in den Mund legt, so muß eine solche Auslegung gewiß den Vorzug verdienen; sie wird dadurch gewonnen, daß man die beiden, hier für dieselbe Person geforderten Eigenschaften auch in demselben Sinn, d. h. in Beziehung auf die Linie, auslegt.

In der Wissenschaft, wie in der Gesetzgebung, unterscheidet man eine ältere und eine jüngere Linie; man nimmt nicht nur ein Alter nach den Geburtsjahren, sondern auch nach der Linie an, sodaß alle Personen, welche in der ältesten Linie stehen, der Linie nach älter sind, als alle anderen Familienglieder, welche nicht in dieser ältesten, sondern in einer jüngeren Linie stehen.

Aber auch das Wort „nächst" darf, wie Salza und Lichtenau bemerkt, nicht einseitig nur auf die Gradesnähe bezogen werden; es giebt nicht nur eine Nähe nach Graden, sondern auch eine Nähe nach Linien. Dieser Sprachgebrauch kommt im Longob. Lehenrecht, wie im neueren Privatrecht vor. So heißt es in der berühmten Stelle II. F. 50, wo ausdrücklich der Vorzug der älteren Linie vor allen jüngeren angeordnet wird:

„et hoc est quod dicitur ad proximiores pertinere. Isti vero proximiores dicuntur respectu aliarum linearum."

So ist auch nach dem Oesterreichischen bürgerlichen Gesetzbuche selbst ein Descendent im vierten Grade dem Erblasser näher, als ein Ascendent des ersten Grades oder ein Bruder, weil er, trotz der großen Entfernung des Grades, der Linie nach näher ist, als Ascendenten und Brüder. Auch neuere Hausgesetze und Verfassungen brauchen den Ausdruck „nächst", um damit die Nähe nicht nach dem Grade, sondern nach der Linie zu bezeichnen. So spricht die Preußische Verfassung Art. 56. die Regentschaft dem Agnaten zu, „welcher der Krone am nächsten steht." Damit meint sie nicht den Prinzen, welcher zufällig dem König dem Grade nach am nächsten verwandt ist, sondern den volljährigen Agnaten, welcher nach der Ordnung der reinen Linealfolge am nächsten zur Succession berufen ist.

Dafür, daß auch hier die Nähe der Linie nach und ebenso das Alter der Linie nach zu verstehen sei, sprechen die triftigsten Gründe:

1) So allein wird der Widerspruch vermieden, welcher bei der Auslegung im Sinne der Gradualfolge für die meisten Successionsfälle entstehen würde, indem sich die Nähe des Grades und das höchste Alter nach den Geburtsjahren nur ausnahmsweise in Einer Person vereinigt finden.

2) Nur so wird der Vorschrift des Stifters für alle Successionsfälle volle Anwendbarkeit gesichert, denn nur so ist es möglich, daß jeder Successor der älteste und zugleich der nächste ist, indem dann unter denen, welche die älteste Linie bilden, also der Linie nach die ältesten sind, derjenige folgt, welcher in dieser Linie der nächste ist, so daß er die entferntern derselben Linie, der Vater den Sohn, dieser den Enkel u. s. f. ausschließt, d. h. daß immer der älteste und nächste folgt.

3) Da der Stifter in seinem Testamente fortwährend von Linien spricht, so ist es gewiß, daß er diese beiden Ausdrücke „ältest" und „nächst" nur in Beziehung auf die Linie genommen hat, mithin den Aeltesten der Linie nach und den Nächsten der Linie nach zum Fideicommißnachfolger berufen hat. Ist nun hier der, nach der Linie Aelteste und unter allen, welche in derselben ältesten Linie sich befinden, der in dieser Linie Nächste (der Vater vor dem Sohne, dieser vor dem Enkel) berufen, so wird die, in der ganzen Stiftungsurkunde klar angeordnete Primogenitur auch durch obigen Satz von neuem bestätigt.

Von Gewicht ist es, daß wir auch hier die Autorität von Ignaz Wildner vollständig für uns haben: derselbe erörtert, von rein wissenschaftlichem Gesichtspunkt, eine Fideicommißurkunde, in welcher ebenfalls diese sich scheinbar widersprechenden Ausdrücke „Aeltester und Nächster" nebeneinander vorkommen und entscheidet ganz in der oben angeführten Weise:

„Man muß zu dem Resultate, es sei eine Primogenitur angeordnet, gelangen, wenn man auch blos den Ausdruck: „„ältester und nächster Befreundeter des letzten Besitzers" scharf in das Auge faßt."

Hierauf fährt der Stifter fort:

„jedoch mit dieser expressen condition und Vorbehalt, daß der, welch dieses Majorats fähig will, sich gut Edl (da er in den Ehestandt zu tretten willens) verheirathe, die Er zur Ehe nimbt, wenigst ihre Sechzehn agnaten Edl probiren kan, in widrigen fahl, da er sich nicht Edl und schlechter, alß gemelt, verheiradet, soll Er dieses Majorats sambt seinen auß solch Ehe herkommendten Kindern, nicht fähig sein, sonde solle auf den negsten, Er seie sein deß übel verheiraten brud, Vetter, auch Soh (da er etwa vorhero gut verheiradet gewest und von solch Ersten Ehegemahin Manß Erben hette) fallen und also stedts observiret werd. Es söllen auch hiermit so geistlich werd, ausgeschlossen sein."

Die hier in Betreff der Eheschließung getroffene Verordnung des Stifters ist außer Streit; der an und für sich, nach dem Recht der Erstgeburt zunächst zur Succession berufene Agnat, Fürst Heinrich LXIX. Reuß-Köstritz, ist stiftungswidrig verheirathet. Da von seiner Nachfolge daher nicht die Rede sein kann, außer ihm aber in der Linie Heinrichs VI. kein weiterer Agnat vorhanden ist, so muß nach dem Grundsatze der Primogenitur zu dem nächsten Ascendenten Heinrich XXIV. aufgestiegen werden. In dessen Linie ist aber gegenwärtig Fürst Heinrich IV. nach dem oben erörterten Grundsatze der Linealfolge „der Aelteste und Nächste", also der allein berechtigte Successor.

Die nun folgende Anordnung des Stifters bezieht sich auf die Erlaubniß, welche er dem Fideicommißfolger gegeben hat, die in den Oesterreichischen Erblanden liegenden Fideicommißgüter zu verkaufen und mit deren Kaufpreise Güter im Reiche zu erwerben; doch sollen diese neuerworbenen Güter, als Surrogat, demselben fideicommissarischen Verbande einverleibt und ganz auf gleiche Weise vererbt werden:

„und gehet mein intent und willen einig und allein dahin, daß Er so vill in den Werth, alß meine Verlassenschaft außtregt, so woll in ligend, alß fahrend, und er von mir ererbet, zu einem Mairat auf sein und seiner Brüd linien mache, und einrichte, daß Mein ganze Verlassenschafft, im Werth darzu angewendet werde, damit es allezeit unvertheulich, bei seyer und seyer Brüd linien verbleibe, nichts mehr davon geändert, und in guten standt erhalten werde."

Hier interessirt uns nur die immer von neuem hervorgehobene Bedeutung der Linien, es soll das Fideicommiß immer streng in den Linien verbleiben. Also auch hier wird gerade das Gegentheil des Majorats angeordnet, welches sich, wie Bluntschli richtig sagt, dadurch von der Primogenitur unterscheidet: „daß es nicht der Linie folgt, sondern den Sprung von einer Linie zur andern nicht scheut."

Bluntschli, deutsches Privatrecht B. II. S. 457.

Somit enthält die Stiftungsurkunde eine, von Anfang bis zu Ende

Digitized by Google

in den verschiedensten Wendungen wiederholte, unzweifelhafte Sanction der reinen Linealfolge mit dem Vorzug der Erstgeburt.

Von einer Verschiedenheit der Successionsordnung, je nachdem die Descendenten oder Collateralen des letzten Besitzers berufen sind, spricht der Stifter nirgends. Wenn daher von der andern Seite behauptet wird, daß zwar für die Descendenten des letzten Besitzers die Linealfolge gelte, daß aber unter dessen Collateralen Gradesnähe und Altersvorzug zu entscheiden haben, so ist dies eine durchaus unbegründete Behauptung. Abgesehen davon, daß in der Stiftungsurkunde nicht die geringste Andeutung für eine solche Verschiedenheit der Erbfolge zu finden ist, läßt sich kein vernünftiger Grund denken, warum der Stifter für die Seitenverwandten die Erbfolge in einer so abweichenden Art geordnet haben sollte. Vom Standpunkte des kinderlosen Stifters war ja schon Theodor, des Bruders Sohn, ein Seitenverwandter, es fiel somit das Fideicommiß sogleich an einen Collateralen und doch wurde gerade für Theodors Mannsstamm die strengste Linealfolge angeordnet.

Nur dadurch, daß man gegnerischer Seits die Worte „Aeltester und Nächster" einseitig auslegt und aus dem Zusammenhange der Stiftungsurkunde herausreißt, kann man dazu kommen, eine so anomale Erbfolgeordnung, gegen Wort und Geist der Stiftungsurkunde, sich zurecht zu construiren. Wollte man aber selbst der andern Seite einmal einräumen, daß die Worte „auf den Eltisten und seinen negsten befreindeten" auf eine Gradualfolge zu deuten seien, so würde dieses Princip beim gegenwärtigen Successionsfall doch nicht Platz greifen können. Die Gradualfolge würde nämlich, selbst nach der gegnerischen Annahme, nur dann einzutreten haben, „wan eine von meines Vetters Theodori Sohns linia absterben würde." Dieser Fall liegt aber hier keineswegs vor. Da die Succession im Rudolfischen Weibsstamm so geregelt ist, wie im Mannsstamm, so tritt Anna Elisabeth von Sinzendorf ganz an die Stelle Theodors; die erstgeborene Tochter succedirt wie ein erstgeborener Sohn. Anna Elisabeths Sohnslinie ist aber die Heinrichs XXIV., des Stammvaters des Hauses Köstritz. Innerhalb der Theodorischen Sohnslinien gilt aber selbst, nach der gegnerischen Auffassung, die reine Primogeniturfolge. Da nun gegenwärtig diese erstgeborene Sohnslinie Heinrichs XXIV. in voller Blüthe steht, so kann im vorliegenden Falle von einem Ueberspringen in eine Seitenlinie, nach dem Princip der Gradualfolge, selbst nach der gegnerischen Ansicht nicht die Rede sein und muß der vorliegende Erbfall in descendenti linea Heinrichs XXIV. lediglich nach den Grundsätzen der Primogenitur geregelt werden. Wenn man daher selbst der andern Seite die äußerste Concession machen wollte (was übrigens bei einer richtigen Einsicht in den ganzen Zusammenhang der Stiftungsurkunde unmöglich ist), daß in einem gewissen Falle, nämlich bei Absterben einer Theodorischen Sohnslinie, das Gradualprincip einzutreten habe, so wäre doch damit für Herrn Heinrich LXXIV. im vorliegenden Falle nicht das geringste gewonnen.

Digitized by Google

§. 3.

Präcedenzfälle bei der Succession in die Fideicommisse Haggenberg und Ernstbrunn.

I. Erbfall im Jahre 1747. Uebergang vom Rudolfischen auf den Hans-Joachimischen Mannsstamm.

Siegmund Friedrich starb am 28. Februar 1679; sein Neffe Theodor erhielt die Fideicommißherrschaft Haggenberg als erster Besitzer, starb aber unvermählt, ihm folgte daher sein Bruder Otto Heinrich im Jahre 1706, aber auch dieser starb ohne Descendenz im Jahre 1710, so fiel das Fideicommiß, in Gemäßheit der Stiftung, auf den dritten Sohn des Grafen Rudolf, den Grafen Siegmund Rudolf.

Dieser hatte zwar Söhne gehabt, sie aber früh durch den Tod verloren; da nun auch der jüngste Bruder, Graf August Jacob, bereits im Jahre 1707 verstorben war, so neigte sich der gesammte Rudolfische Mannsstamm seinem Ende zu. Es stand also der Uebergang auf den Hans-Joachimischen Mannsstamm zu erwarten. Nachdem sich nun die Hoffnung Siegmund Rudolfs nicht verwirklicht hatte, daß seine Tochter Maria Anna sich mit dem Fideicommißerben aus dem Hans-Joachimischen Stamme vermählen würde, so errichtete er ein zweites Fideicommiß (Ernstbrunn), in welches er den zukünftigen Successor in das Siegmund-Friedrichsche Fideicommiß, Grafen Wenzel, ebenfalls zum Erben einsetzte.

Bei der weiteren Bestimmung der Erbfolge schloß er sich ganz der Siegmund-Friedrichschen Stiftung an und wiederholte besonders die charakteristischen Worte, wodurch Siegmund Friedrich einst die Primogenitur, als reine Descendentenerbfolge, von dem Gradualmajorat unterschieden hatte, indem er die Worte „vom Vater auf den Sohn" durch „de patre ad filium" wiedergab und darauf fortfuhr, daß es mit der Succession in das zweite Fideicommiß gerade so gehalten werden solle, wie es in dem Siegmund-Friedrichschen Testamente für das erste verordnet sei (S. 4).

Nach dem Tode Siegmund Rudolfs trat der erste große Sprung in der Erbfolge ein; zwar war das Fideicommiß schon zweimal in der Seitenlinie, aber immer nur von Bruder zu Bruder, vererbt worden. Jetzt fiel es aber an entfernte Collateralen, an die Nachkommen Johann Joachims; jetzt mußte zum erstenmale die Frage mit Nothwendigkeit sich aufdrängen, ob das Fideicommiß nach dem Rechte der Linealprimogenitur oder der Gradualfolge stiftungsgemäß vererbt würde?

Der letzte Besitzer Siegmund Rudolf, welcher dem Stifter der Zeit nach so nahe stand und gewiß mit dessen Intentionen vollständig vertraut war, legte durch sein Verfahren unzweifelhaft an den Tag, daß er das Fideicommiß für eine reine Linealprimogenitur hielt und nach dieser Successionsordnung wurde auch der damalige Erbfall lediglich geregelt.

Digitized by Google

Allerdings beruhte es auf einem besondern Arrangement, daß nicht der Vater, Graf Prosper Anton von Sinzendorf, selbst succedirte, welcher, sowohl nach den Grundsätzen der Primogenitur wie des Majorats, den Vorzug vor seinem Sohne Grafen Wenzel hätte haben müssen; aber nichtsdestoweniger spricht die Behandlung dieses Erbfalls klar für die Primogenitur.

Hätte man damals die Ansicht gehabt, daß das Siegmund-Friedrichsche Fideicommiß, wenigstens in der Seitenlinie, nach dem Princip der Gradesnähe zu vererben sei, so hätte zuerst gefragt werden müssen, wer ist in der ganzen Hans-Joachimischen Linie dem letzten Besitzer dem Grade nach am nächsten verwandt?

Da von den Söhnen Hans Joachims keiner mehr am Leben war, so kamen nun dessen Enkel in Betracht; von diesen lebten im Jahre 1747 noch zwei, Graf Prosper Anton, geb. 1700 und Graf Carl Michael, geb. 1686. (S. Stammtafel des Hauses Sinzendorf). Beide standen in gleichem Verwandtschaftsgrade zu Siegmund Rudolf; da aber Carl Michael den Jahren nach älter war, so hätte er, nach dem Grundsatze des Majorats, den Vorzug vor Prosper Anton gehabt und diesen ausschließen müssen. Allein obgleich Carl Michael stiftungsgemäß verheirathet und mit einer zahlreichen männlichen Descendenz gesegnet war, so wurde doch an eine Succession desselben gar nicht gedacht, weil man auch, in einer so entfernten Seitenlinie, fest an dem Primogeniturprincip hielt. Darnach mußte Prosper Anton, obgleich jünger als der gleichgradige Carl Michael, unbedingt den Vorzug haben, weil er der Repräsentant der ältesten Linie des Joseph Weickhard war, während Carl Michael in der zweiten Linie Adolfs stand. Graf Prosper konnte daher auch sein Erstgeburtsrecht auf seinen Sohn Grafen Wenzel übertragen, wogegen gewiß Graf Carl Michael Einspruch erhoben haben würde, wenn damals irgend jemand an eine Erbfolge nach dem Gradualprincip in der Seitenlinie gedacht hätte.

II. Der Erbfall im Jahre 1822. Uebergang vom Hans-Joachimischen Mannsstamm auf den Rudolfischen Weibsstamm.

Das Fideicommiß ging nach dem Tode des Grafen Wenzel im Jahre 1773 wieder de patre ad filium, nämlich auf seinen erstgeborenen Sohn Fürsten Prosper über.

Mit ihm erlosch im Jahre 1822 der gesammte Sinzendorfische Mannsstamm; stiftungsgemäß fiel nun das Fideicommiß auf die Rudolfischen Töchter und ihre Erben; abermals fand also ein großer Sprung in die Seitenlinie statt, wobei, nach der gegnerischen Ansicht, wieder das Gradualprincip hätte entscheiden müssen. Es hätte also damals vor allem gefragt werden müssen: wer ist in dem ganzen Rudolfischen Töchterstamme dem letzten Besitzer dem Grade nach am nächsten verwandt? Es wäre nach diesem Gradualprincip völlig gleichgültig gewesen, ob ein solcher Verwandter von der ersten, zweiten, dritten oder vierten

Digitized by Google

Tochter seine Abstammung hergeleitet hätte; nicht die Linie, sondern die Gradesnähe und unter gleichgradigen Verwandten das physische Alter hätte nach der gegnerischen Ansicht zu entscheiden gehabt.

Allein von alledem wurde gerade das Gegentheil beobachtet; es wurde auch hier die Succession lediglich nach dem Primogeniturprincip geordnet, von der Gradesnähe war mit keinem Worte die Rede. Durch wiederholte rechtskräftige Erkenntnisse gewann Fürst Heinrich LXIV. den Besitz der Fideicommißgüter gegen alle anderweitigen Ansprüche und zwar darum, weil er nachwies:

> daß seine Stammmutter, die Anna Elisabeth, die **erstgeborene** Tochter des Grafen Rudolf gewesen und daß er selbst der Repräsentant dieser erstgeborenen Linie nach dem Princip der Primogenitur sei.

Diese Entscheidung zu Gunsten der Primogenitur ist um so gewichtiger, als aus dem Stammbaum des Hauses Reuß-Köstritz hervorgeht, daß es selbst innerhalb der Linie der Anna Elisabeth von Sinzendorf damals mehrere Agnaten gab, welche dem letzten Besitzer, dem Fürsten Prosper, dem Grade nach näher verwandt waren, als Fürst Heinrich LXIV., so Heinrich XLIV. und Heinrich XLVIII.; ferner stand Fürst Heinrich LXIII. in gleichem Grade mit Heinrich LXIV., war aber den Jahren nach älter als dieser; dennoch kam keiner dieser Agnaten, sondern Fürst Heinrich LXIV. durch rechtskräftige Entscheidung in den Besitz der Fideicommisse.

Demnach ist auch damals, wo die Succession aus dem Hans-Joachimischen Stamme in eine entfernte Seitenlinie fiel, die Gradesnähe gar nicht berücksichtigt, sondern die ganze Successionsangelegenheit lediglich im Sinne der strengsten Linealprimogenitur geregelt worden.

Ist schon in der Stiftungsurkunde die Linealprimogenitur für jeden unbefangenen Leser so klar vorgezeichnet, daß dagegen kein gegründeter Zweifel auftauchen kann, so geht aus diesen gewichtigen Präcedenzfällen mit eben solcher Bestimmtheit hervor, daß zu allen Zeiten, in dem vergangenen und gegenwärtigen Jahrhundert, die Gerichte und Fideicommißbehörden, wie die hohen Agnaten selbst die fraglichen Fideicommisse für Primogeniturfideicommisse gehalten und auch beim Uebergange in entfernte Seitenlinien nach diesem Princip behandelt haben. Es ist demnach ein unerhörtes Novum in den Häusern Reuß und Sinzendorf, daß jetzt auf einmal das fremdartige Gradualprincip herbeigezogen werden soll, welches mit der Stiftungsurkunde, den Hausgesetzen und dem ehrwürdigen Herkommen dieser erlauchten Häuser im schroffsten Widerspruche steht.

Digitized by Google

§. 4.
Die Präsumtion des Oesterreichischen Gesetzbuchs für die Primogenitur.

Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch beginnt mit §. 618 die Lehre von den Familienfideicommissen abzuhandeln. Nachdem in diesem Paragraphen der Begriff des Fideicommisses im allgemeinen festgestellt ist, geht der Gesetzgeber in §. 619 auf die verschiedenen fideicommissarischen Successionsformen über und unterscheidet Primogenitur, Majorat und Seniorat ganz in der Weise, wie sich diese Benennungen in der Sprache unseres neuern deutschen Privatrechts festgestellt haben. Der Gesetzgeber konnte sich nicht verhehlen, daß bei ältern Fideicommißurkunden die Vorschriften über die Successionsordnung fast immer schlecht gefaßt sind und daß daher häufig Streitigkeiten über die Frage entstehen, welche Successionsordnung der Stifter beabsichtigt habe? In der neuern Zeit hat man allerdings gelernt, die Ausdrücke schärfer zu wählen und das Wesen der verschiedenen Successionsarten in ihrer Eigenthümlichkeit besser zu charakterisiren; den früheren Zeiten, welchen gerade die meisten Oesterreichischen Fideicommißurkunden angehören, ging diese Präcision im Ausdruck ab. Der Richter, welchem solche, aus der Zweifelhaftigkeit der Verordnung hervorgegangenen Successionsstreitigkeiten zur Entscheidung vorliegen, geräth daher in Ermangelung einer sicheren Interpretationsregel in große Verlegenheit. Aus dieser will ihn der Gesetzgeber durch §. 620 retten, indem er verordnet:

„Im Zweifel wird die Primogenitur eher als ein Majorat oder Seniorat oder das Majorat wieder eher als ein Seniorat vermuthet."

Also wo eine Fideicommißurkunde einen Zweifel übrig läßt, ob der Stifter Primogenitur oder Majorat habe anordnen wollen, streitet eine gesetzliche Präsumtion für die Primogenitur und gegen das Majorat. Die Motive für die Feststellung einer solchen gesetzlichen Präsumtion liegen auf der Hand:

1) indem die Primogeniturfideicommisse, wie bereits nachgewiesen, den Besitzer am meisten zu Meliorationen ermuthigen und so in erhöhtem Maße nicht nur der Erhaltung des einzelnen Geschlechtes, sondern auch der Förderung des Nationalwohlstandes dienen. Diese öffentliche Rücksicht ist so gewichtig, daß die Bayerische Gesetzgebung sogar jede andere Successionsordnung für neu zu errichtende Fideicommisse verboten hat (S. 33);

2) indem die Primogenitur bei weitem die gewöhnlichste Successionsordnung ist; denn es wird nicht nur die Thronfolge überall nach derselben geregelt, sondern auch fast alle Privatfideicommisse der ältern und neuern Zeit werden nach dieser Successionsweise vererbt, woraus sich mit größter Wahrscheinlichkeit schließen läßt, daß der Stifter sich, im Falle des Zweifels, an das Gewöhnlichste habe halten wollen;

3) indem die Primogeniturordnung, wenn sie auch von der gewöhnlichen Intestaterbfolge abweicht, dieser sich doch mehr nähert, als die Majoratsfolge (S. 40).

Digitized by Google

Diese Motive sprechen so gewichtvoll für die Primogenitur, daß es nicht an schriftstellerischen Autoritäten fehlt, welche eine solche Präsumtion zu Gunsten der Primogenitur, ohne gesetzliche Vorschrift, blos aus der Natur der Sache, selbst für das gemeine deutsche Recht aufstellen.

Salza und Lichtenau a. a. O. S. 151.

Für das Oesterreichische Recht hat Winiwarter a. a. O. B. III. S. 134 den leitenden Gedanken des §. 620 kurz und schlagend so bezeichnet:

„Dem Zwecke der Fideicommisse, den Glanz und Wohlstand der Familie zu erhalten, ist es angemessener, daß das Fideicommiß in der Linie, auf welche es gefallen ist, bleibe, als daß es wieder von dieser auf eine andere übergehe, zumal es im Majoraten — — immer an Personen gelangt, welche in den Jahren schon mehr vorgerückt sind, wodurch also nothwendig Besitzveränderungen veranlaßt werden, welche die gute Wirthschaft erschweren und zugleich oftmalige Verlassenschaftsgebühren nach sich ziehen. Da nun anzunehmen ist, daß jeder Stifter den Zweck des Fideicommisses vor Augen habe und seine Stiftung demselben gemäß einrichte, so ergiebt sich hieraus die Regel des §. 620."

Die Anwendbarkeit dieses Paragraphen auf ältere Fideicommisse, welche vor der Erlassung des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs entstanden sind, unterliegt keinem Zweifel. Die Absicht des Gesetzgebers ist bei Erlassung des §. 620 offenbar gerade auf ältere Fideicommisse gegangen, denn in der Regel kommt nur bei ihnen ein Zweifel über die Successionsordnung vor und daher hat auch nur bei ihnen eine solche Präsumtion Sinn und Bedeutung. Ueberhaupt steht es in der Praxis fest, daß die Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches insoweit auch auf die Fideicommisse Anwendung finden, welche vor Publication des Gesetzbuchs bereits errichtet waren, als durch Anwendung der gesetzlichen Vorschrift keine bereits erworbenen Rechte gekränkt werden.

Da nun, im Falle des Zweifels über die vom Stifter beabsichtigte Erbfolge, das Recht des einen wie des andern Theils zweifelhaft ist, so werden durch die Anwendung des §. 620 auf ältere Fideicommisse keine wohlerworbenen Rechte gekränkt. Für diese Anwendung spricht insbesondere auch noch das, dem Paragraphen zu Grunde liegende öffentlich-rechtliche Motiv, die Rücksichtnahme auf größere Sicherheit der Erbfolge, auf Vermeidung von Successionsstreitigkeiten, auf größere Ermuthigung zu Meliorationen und somit auch auf Förderung des Nationalwohlstandes. Kein Oesterreichischer Jurist trägt daher Bedenken, die gesetzliche Präsumtion des §. 620 auch auf solche Fideicommisse anzuwenden, welche vor dem Erscheinen des bürgerlichen Gesetzbuches errichtet sind.

J. Wildner das Fideicommißrecht S. 48.

Sollte also trotz der klarsten Bestimmung, wodurch die Linealprimogenitur in der Stiftungsurkunde angeordnet worden ist, noch ein Zweifel bleiben, so wäre der Richter dennoch trotz dieses Zweifels oder vielmehr gerade weil ihm ein Zweifel vorhanden zu sein

Digitized by Google

scheint, durch §. 620 gesetzlich verbunden, im vorliegenden Falle für die Primogenitur und gegen das Majorat zu sprechen.

§. 5.

Schlußergebniß.

I. In dem ersten Abschnitt S. 9—24 ist mit voller Evidenz nachgewiesen worden, daß sich die fideicommissarische Erbfolge, nach einmal erfolgtem Uebergange in den Weibsstamm, wieder in eine agnatische verwandelt und daß demnach auch, unter den Nachkommen der Gräfin Anna Elisabeth von Sinzendorf, der Vorzug des Mannsstammes wieder einzutreten hat. Somit werden hier die blos cognatischen Verwandten, wie die Kiesewetters, Schulenburgs u. s. w., von den agnatischen ausgeschlossen und es kommen beim gegenwärtigen Erbfalle lediglich die hohen Agnaten des durchlauchtigsten Hauses Reuß-Köstritz in Betracht.

II. Es wird allseitig anerkannt, daß für den jetzt im Besitz befindlichen Rudolfischen Töchterstamm ganz dieselbe Successionsordnung gelten muß, welche für den Rudolfischen Mannsstamm, im Art. VIII. des Siegmund-Friedrichschen Testamentes, angeordnet ist; gestritten wird jedoch über die Natur der dort vorgeschriebenen Successionsordnung. In dem zweiten Abschnitt dieser Schrift (S. 25—51) ist aber unzweifelhaft dargethan, daß hier kein Majorat im heutigen Sinne des Wortes, sondern eine reine Linealfolge mit dem Vorzuge der Erstgeburt vorgeschrieben ist und daß alle Erbfälle, ohne Unterscheidung, ob Descendenten oder Collateralen des letzten Besitzers berufen sind, lediglich nach dem Grundsatze der Linealprimogenitur geregelt werden müssen. Dafür sprechen folgende Gründe:

1) Eine verständige und unbefangene Auslegung des Siegmund-Friedrichschen Testamentes führt mit Nothwendigkeit zur Annahme der Primogenitur. Wenn man nicht einzelne Worte und Phrasen aus dem Zusammenhang herausreißt, sondern immer die Absicht des Stifters, den Geist und Sinn des Ganzen vor Augen hat, kann man zu gar keinem andern Ergebniß gelangen. Jede andere Erklärungsweise läuft der deutlich ausgesprochenen Absicht des Stifters entgegen, fehlt gegen die Regel, daß die weniger klaren Stellen durch die völlig klaren erklärt werden müssen, aber nicht umgekehrt und führt zu widersprechenden und absurden Resultaten. (§. 2. S. 25—45.)

2) Zu allen Zeiten, in diesem und in dem vorigen Jahrhundert, sind die fragligen Fideicommisse von den Gerichten und Fideicommißbehörden, wie von den hohen Agnaten selbst, stets als Primogeniturfideicommisse betrachtet und nach diesem Princip behandelt worden. Dafür sprechen besonders die beiden hochwichtigen Präcedenzfälle, wo selbst beim Uebergange in eine entfernte Seitenlinie lediglich die Primogenitur zur Regel diente. (§. 3. S. 45—48.)

3) Wäre trotz dieser klaren Bestimmungen und dieser unzweideutigen Thatsachen, noch

Digitized by Google

ein Zweifel vorhanden, so wäre der Richter dennoch, trotz dieses Zweifels oder vielmehr gerade, weil ihm ein Zweifel vorhanden zu sein scheint, durch §. 620 des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches verbunden, im vorliegenden Falle für die Primogenitur und gegen das Majorat zu sprechen. (§. 4. S. 49.)

III. Da demnach unzweifelhaft alle Erbfälle in den beiden vereinigten Fideicommissen Haggenberg und Ernstbrunn nach den Grundsätzen der Primogenitur zu regeln sind, so ist im vorliegenden Falle nur noch die Frage zu entscheiden, wer nach dem Tode des Fürsten Heinrich LXIV. als der Primogenitus zu betrachten ist? Ueber diese Frage entscheidet der Stammbaum des Hauses Reuß-Köstritz. In der Linie Heinrichs VI. steht allein Heinrich LXIX. Dieser wäre allerdings nach dem Grundsatze der Linealprimogenitur zunächst berufen; als stiftungswidrig verheirathet, kommt derselbe aber hier nicht in Betracht. Es ist daher zum nächsten gemeinsamen Stammvater aufzusteigen. Dieser ist Heinrich XXIV. († 1748). Von diesem geht nach Wegfall der Linie Heinrichs VI. das Erstgeburtsrecht auf Heinrich IX., von Heinrich IX. († 1780) auf Heinrich XLIV. († 1832), von Heinrich XLIV. auf Heinrich LXIII. über, († 1841). Der letztere hohe Agnat hat zwar den, im Jahre 1856 erfolgten Erbfall nicht selbst erlebt; dies ist aber nach den Grundsätzen der Primogenitur gleichgültig. (S. 31.) Der Erstgeborene mag vor oder nach deferirter Erbfolge sterben, immer wird sein, bei der Succession in Ausübung kommendes Vorzugsrecht auf seinen Erstgebornen übertragen. Der Zweitgeborene (Fürst Heinrich LXXIV.) kann nicht eher, als nach erloschener Linie seines erstgeborenen Bruders (Heinrichs LXIII.) succediren. Die Linie Heinrichs LXIII. steht aber in voller Blüthe; in ihr ist unbestritten Fürst Heinrich IV. wieder der Erstgeborene, welcher kraft des Repräsentationsrechtes ganz an die Stelle seines durchlauchtigsten Herrn Vaters getreten ist. Somit gebührt diesem hohen Agnaten, Sr. Durchlaucht Herrn Heinrich IV. Prinzen Reuß, als Erstgeborenem des ganzen Hauses Reuß-Köstritz, in die beiden vereinigten Familienfideicommisse Haggenberg und Ernstbrunn allein und ausschließlich von Rechtswegen die Erbfolge.

Druck von W. Ratz in Jena.

Rudolf

† 2. Sept. 1677.

Re- a 1665, mählt.	**Apollonia** geb. 1667, † 1742, ver- mählt mit Franz Grafen von Wolken- stein, Stamm- mutter der Wolkensteins. Ein Graf Wolkenstein Prätendent 1822.	**Maria Anna** geb. 1669, † 1700, ver- mählt mit dem Grafen Goes, Stammmut- ter der Gra- fen Goes.	**Siegmund Rudolf** geb. 1670, † 1747. Besitzer des ersten und Stifter des zweiten Fidei- commisses (Ernstbrunn).	**August Jacob** geb. 1671, † 1707.	**Anna Maria** geb. 1673, † 1736, ver- mählt mit Leo von Uhlefeld. Von ihr stam- men die Gra- fen von Thun und Waldstein u. s. w.	**Maria Maximiliana** geb. 1675, † 1718, ver- mählt mit ei- nem Grafen Nostitz. Stammmut- ter der Gra- fen Nostitz.

Children of Siegmund Rudolf:

Therese geb. 1711, vermählte Gräfin Traun.	**Elisabeth** geb. 1714, vermählte Gräfin Har- degg.	**Franziska** vermählte Gräfin Hoyos geb. 1717.	**Maria Anna** geb. 1721, vermählte Gräfin Ha- milton, †ohne Descendenz.

Ihre Descendenten, die Grafen Traun, Hardegg und Hoyos traten 1822 sämmtlich als Prätendenten auf.

Digitized by Google

Hei
geb. 17

Heinrich IX.
geb. 1711, † 1780.

Heinrich XLIV.
geb. 1753, † 1832.

Ernestine Adelhaide
geb. 1794, vermählte
von Kiesewetter.

Heinrich LXIII.
geb. 1786, † 1841.

Heinrich LXXIV.
geb. 1798.
Kläger *) und Beklagter.

er Schu=

Ernst Clemens
von Kiesewetter
Kläger.

Heinrich IV.
geb. 1821.
Beklagter.

nens
:nburg.

*) Die Klage gegen Fürsten Heinrich IV. ist am 9. Oct. 1858 wirklich eingereicht worden.

Monsieur le Conseiller et professeur Rau,

hommage respectueux

[signature]

School Papers 1.24
5.13. Vole

PARSONS LIBRARY
University of
MICHIGAN

Sers

Digitized by Google

Digitized by Google

15

UNIVERSITÉ DE FRANCE.

ACADÉMIE DE STRASBOURG.

PARSONS LIBRARY
University of
MICHIGAN

THÈSE

POUR LA LICENCE,

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE PUBLIQUEMENT

A LA FACULTÉ DE DROIT DE STRASBOURG,

Le mardi, 16 août 1842, à midi,

PAR

LOUIS-ALEXANDRE SERS,

ANCIEN ÉLÈVE DE L'ÉCOLE POLYTECHNIQUE.

STRASBOURG,

De l'imprimerie de V.ᵉ Berger-Levrault, imprimeur de l'Académie.

1842.

Digitized by Google

FACULTÉ DE DROIT DE STRASBOURG.

M. Rauter, Doyen de la faculté.

M. Heimburger, Président de la thèse.

Examinateurs MM. Heimburger, Thieriet, Aubry, Professeurs. Lafon, Professeur suppléant provisoire.

La Faculté n'entend approuver ni désapprouver les opinions particulières au candidat.

Digitized by Google

A MON PÈRE

ET

A MA MÈRE.

PARSONS LIBRARY
University of
MICHIGAN

L. SERS.

Digitized by Google

Digitized by Google

DROIT CIVIL FRANÇAIS.

Des Hypothèques.

(Articles 2114-2145.)

INTRODUCTION.

La matière des hypothèques est une des plus importantes dans le Code civil d'une nation. A elle se rattachent toutes les transactions sociales; elle est la vie et le mouvement du crédit public et particulier; l'hypothèque conserve aux familles le patrimoine des épouses, protége la fortune de ceux qui, par leur âge ou leur incapacité, sont placés sous la protection directe de la loi, favorise le placement des capitaux, soutient les entreprises industrielles et commerciales; elle est la garantie des transactions les plus importantes. La nécessité de faire servir l'hypothèque au soutien d'intérêts si variés, l'a fait entourer de dispositions très-compliquées, d'une foule de solennités mitigées dans l'application par un principe large d'équité.

L'idée la plus générale que l'on puisse donner de ce droit avant d'en avoir esquissé les caractères, résulte de la définition suivante :

« L'hypothèque est un droit qui affecte un objet à l'acquittement « d'une dette ou à la garantie des actes de celui qui administre les « deniers d'autrui. »

L'hypothèque et le gage partent du même principe, leur origine est la même; leur nature est la même dans les législations anciennes. Le droit de poursuivre sur les biens d'un débiteur l'accomplissement des obligations qu'il a contractées, remonte à la plus haute antiquité. On le trouve souvent avec un degré de plus; car, notamment

Digitized by Google

dans la législation romaine, la personne même du débiteur était le gage de ses créanciers. Voici le texte formel de la loi des XII tables :

« *Tertiis nundinis partis secanto, si plus minusve secuerunt, se* « *fraude esto.* »

Ce texte a été commenté ainsi qu'il suit :

« *At si plures erunt creditores tertiis nundinis, id est, vicesimo* « *septimo die, corpus rei in partes secanto; si plus minusve secue-* « *rint, sine fraude esto; si malent trans Tiberim eum peregrè ve-* « *nundanto.* »

Gellius, *Noct. Att.*, XX, 1.

Quintilianus, *Instit. Orat.*, III, 6.

Tertullianus, *Apologet.*, c. IV.

Ces dispositions ne se retrouvent pas dans la législation des peuples civilisés; les moyens d'action contre la personne ne sont appliqués que dans des cas très-rares et dans des circonstances exceptionnelles. On n'a laissé subsister que la poursuite contre les biens du débiteur; celle-ci même, étant de toute justice, a reçu de l'extension.

Ce principe est formulé dans notre législation par les articles 2092 et 2093 du Code civil en ces termes :

2092. « Quiconque s'est engagé personnellement, est tenu de rem- « plir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, « présents et à venir.

2093. « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers. . . . . . . »

Nous reviendrons sur l'interprétation de ces articles; nous allons préalablement indiquer l'origine du droit de gage, et, par suite, du droit d'hypothèque.

Les jurisconsultes n'ont pas été d'accord sur la question de savoir si le principe *qui s'oblige, oblige le sien*, nous vient du Droit naturel ou du Droit civil. Toutes les anciennes coutumes le reproduisent; il est inculqué dans l'esprit de l'homme avant de l'être dans la loi; c'est *non scripta, sed nata lex.*

Digitized by Google

Notre pensée ne doit pas être prise dans un sens exclusif; voici comment elle doit être entendue.

Origine du droit d'hypothèque dans le Droit naturel.

Si l'on considère l'enveloppe extérieure à l'aide de laquelle le droit d'hypothèque se produit dans notre législation, il ne paraît pas découler de la nature même des rapports qui existent entre les hommes. Il paraît être une création de l'homme, faite pour arriver à la satisfaction d'un besoin naturel, celui de la garantie d'une promesse faite.

Mais si l'on observe que les formalités de notre Droit et le Droit lui-même n'ont été acquis que par l'association laborieusement accomplie de la liberté humaine et de la vie civile avec la justice et la raison; que postérieurement le Droit lui-même, élaboré par la civilisation, s'est formulé dans des codes, s'est mis en harmonie avec la nature et la raison; alors il est permis de concevoir qu'il découle d'une pensée primitive, et que, pour la faire ressortir, il est nécessaire de mettre le Droit actuel en regard avec le passé.

Les lois étant, comme l'a dit Montesquieu, des rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses, il y a nécessairement une raison primitive, et les lois commencent à exister comme rapports entre elles et les êtres vivants.

La législation civile de chaque peuple n'est par suite qu'une dérogation à la loi générale, ou la déduction de ces conséquences, ou celle des cas particuliers applicables à chaque pays. De ce que les lois sont des rapports nécessaires, on conclut naturellement que les lois sont l'œuvre des hommes, mais qu'elles préexistent avant leur confection et leur rédaction, comme des vérités admises, existantes et que l'on ne peut méconnaître.

Il est donc naturel de conclure que dans un gouvernement où la volonté des gouvernés concourt à la mise en œuvre du pouvoir

Digitized by Google

législatif, les lois sont des conséquences de la pensée préexistante que nous venons de signaler, et lorsque ces conséquences ont été logiquement déduites, quelque forme extérieure qu'elles revêtent, elles se rattachent toujours par une suite de déductions, quelquefois inaperçues, à la raison primitive.

La loi civile, qui doit se rapprocher autant que possible de l'expression de la raison, établit que « les biens d'un débiteur sont le « gage commun des créanciers. »

Le mot gage est pris ici dans son acception la plus large : un droit en vertu duquel une personne peut poursuivre sur les biens d'autrui le payement de ce qui lui est dû.

Dans l'acception restreinte, le gage implique, outre le droit de se faire payer sur les biens d'autrui, l'idée de sûretés spéciales attribuées au créancier sur une chose qu'il retient et dont il ne s'est pas dessaisi.

Le gage proprement dit, ou le nantissement et l'antichrèse, entraînent nécessairement la dépossession du débiteur de l'objet qui en est frappé en faveur du créancier. La garantie donnée à ce dernier est des plus parfaites; car elle met entre ses mains l'équivalent de sa créance : il a ainsi une double action, et contre la personne pour l'acquittement de l'obligation et contre la chose pour se faire payer sur le prix.

Mais il est à considérer que cette manière de garantir une obligation place le débiteur dans une position défavorable, surtout dans l'antichrèse, alors que des immeubles sont donnés en gage, attendu qu'il est privé de la chose et de son revenu : il ne peut faire les améliorations qui lui seraient favorables, et son créancier jouit seul des revenus en les imputant sur la dette.

La garantie donnée au payement des obligations doit avoir pour but d'assurer au créancier le remboursement de ce qui lui est dû; c'est dans ce but que la loi a consacré l'adage: *qui s'oblige, oblige le sien.* Mais la voie d'action qui en résulte est loin d'être suffisante, lorsque

Digitized by Google

plusieurs créanciers sont en droit d'invoquer ce principe en leur faveur. Pour compléter les sûretés, on eut recours d'abord au gage proprement dit (*pignus*) d'objets mobiliers ou immobiliers. Le défaut de publicité y fit promptement renoncer, et on eut alors recours à la vente *sub pacto fiduciæ* du Droit romain, vente à réméré du Droit français, dans laquelle on posait un principe de rétrocession en faveur du débiteur, s'il parvenait à se libérer.

Les inconvénients de ce système sont les mêmes que pour l'antichrèse, et on chercha vainement à les amoindrir, en stipulant une condition de relocation en faveur du débiteur. La nature des inconvénients changea de face; elle mit les tiers dans l'ignorance du changement de titre du nouveau fermier, et les exposa à des fraudes nombreuses.

C'est alors que l'on eut recours à l'antichrèse et qu'on aboutit à l'hypothèque, qui fut le complément de tous ces expédients.

Par la convention des parties, l'objet frappé d'hypothèque fut un gage fictif du créancier, qui lui conféra un droit de préférence sur le prix.

Le droit d'immobilier qu'il était, devient mobilier, *quià ad mobile tendit*. D'un droit sur l'immeuble on fit un droit sur le prix.

Les conséquences de ce droit réel sont, que le créancier auquel il est accordé doit être préféré à tous autres chirographaires sur la chose qui en est grevée. *Plus cautionis est in re quam in persona.* (*L.* 25, *D. de R. J.*) Il a de plus un droit de suite entre les mains des tiers détenteurs, sauf les préférences établies par la loi, qui sont, sans contredit, les priviléges et les hypothèques. Il existe encore une cause de préférence fondée sur le droit de rétention donnée au créancier gagiste; mais elle rentre beaucoup plus spécialement dans la matière des priviléges, et nous ne nous en occuperons pas ici.

D'après cela, on n'a aucun égard à la priorité de date des créances. Il serait en effet trop nuisible pour le crédit, surtout pour

Digitized by Google

celui d'un négociant, qu'il en fût autrement. Celui que l'on soupçonnerait d'avoir contracté antérieurement des obligations perdrait à tout jamais des ressources qui peuvent lui être très-utiles.

D'un autre côté, les actes sous seing privé n'ayant pas date certaine, on pourrait, pour avantager un créancier ou pour nuire à un autre, antidater des obligations récentes, ou en supposer, qui ôteraient au premier créancier les sûretés qui préexistaient pour lui.

Les créanciers ordinaires partagent entre eux par contributions; ceux qui ont une hypothèque ou un privilége sont payés avant tous les autres.

Le Droit civil a deux points de vue nécessaires : le point de vue historique et le point de vue dogmatique.

Le premier conduit sûrement au second : l'histoire contient les faits, leur enchaînement progressif et le long enfantement de l'idée, laquelle est formulée par la science et par la civilisation, lorsqu'elle est sortie des faits. Les résultats de l'histoire sont érigés en loi rationnelle et en loi positive : ces faits, dépourvus de leur filiation et de la lumière historique, qui a pour but de la faire connaître, manqueraient d'une condition nécessaire à leur intelligence. Le Droit est une langue. Pour comprendre une des idées qu'elle renferme, il faut connaître et son point de départ et son point d'arrivée, et les échelons qui séparent l'état présent de l'état passé. Cette vérité a été tellement comprise, que toutes les sciences ont une tendance à prendre une marche rétrograde chaque fois que l'esprit, s'appuyant sur une nouvelle série de découvertes, veut marcher plus sûrement à la conquête de ce qui n'est pas encore connu. C'est le travail qu'ont effectué, dans les dernières années, un grand nombre de jurisconsultes; travail qui n'existait pas antérieurement. Ils se sont appliqués, plus qu'on ne l'avait fait jusqu'alors, à l'étude du Droit dans l'histoire, et par conséquent à l'histoire du Droit. C'est à ces

Digitized by Google

travaux que nous sommes redevables des progrès qu'a faits cette science, et qu'elle est encore appelée à faire.

Arrivons à la matière des hypothèques, qui fait l'objet de cette thèse, remontons à son origine, en suivant l'ordre chronologique, et nous aurons ainsi à examiner :

Dans le chapitre I.er, les différents systèmes hypothécaires;

Dans le chapitre II, l'historique de la législation hypothécaire en France.

La partie dogmatique sera divisée ainsi qu'il suit :

Notions préliminaires.

Section I.re Nature du droit d'hypothèque. Des causes qui produisent l'hypothèque.

Section II. Des biens susceptibles d'hypothèque.

Chapitre I.er Des différentes espèces d'hypothèque.

Section I.re Hypothèque légale.

Section II. Hypothèque judiciaire.

Section III. Hypothèque conventionnelle.

§. 1.er Des personnes capables de constituer hypothèque.

§. 2. Des biens qui peuvent être hypothéqués conventionnellement.

§. 3. Des actes contenant constitution d'hypothèque.

§. 4. Des obligations pour sûreté desquelles l'hypothèque peut être consentie.

Chapitre II. 1.° De l'inscription des hypothèques et du rang qu'elles ont entre elles.

2.° Restriction des hypothèques légales.

Digitized by Google

PREMIÈRE PARTIE.

CHAPITRE PREMIER.

Aperçu sur les différents systèmes hypothécaires.

On peut diviser en trois classes les différents systèmes hypothécaires qui ont été mis en pratique. Sauf les modifications particulières à chaque état, on peut les ranger presque tous dans les classifications suivantes :

1.° Système romain, sans publicité ni spécialité;

2.° Système germanique, avec publicité et spécialité, et qui est adopté dans la plupart des États de l'Allemagne;

3.° Système français, mixte ou intermédiaire, qui n'admet pas d'une manière absolue la spécialité et la publicité, et qui fait quelques exceptions à ces principes en faveur de certaines hypothèques particulières;

4.° Enfin, quelques législations étrangères ne peuvent être comprises dans la division tripartite qui vient d'être exposée. Ce sont celles qui ne sont pas susceptibles d'être examinées au point de vue que nous avons adopté. Nous leur consacrerons un paragraphe à part.

1. *Droit romain.*

Dérivée du droit de gage proprement dit et de l'antichrèse, l'hypothèque eut pour base dans l'origine deux principes : celui de la *spécialité* et celui de la *publicité*.

Elle fut *spéciale*, en ce qu'elle frappait tel immeuble désigné, les autres immeubles du débiteur en étant affranchis; elle fut *publique*, c'est-à-dire, que l'on fit emploi de signes extérieurs et visibles, destinés à apprendre *à tous* que tel immeuble était grevé de charges hypothécaires et quelles étaient ces charges : ces signes extérieurs étaient dans l'ancienne Grèce, et notamment à Athènes, de petites

Digitized by Google

colonnes élevées sur les fonds et chargées d'inscriptions qui rappelaient les obligations contractées avec un premier créancier. C'est ce qui a fait donner le nom d'hypothèque à ce droit, des mots ὑπὸ, sur, θησις, position (position d'une chose sur une autre).

Les deux caractères primitifs de cette hypothèque importée dans la législation romaine du premier âge, se dénaturèrent promptement, à cause de l'insuffisance et de l'inexactitude des poteaux destinés à donner la publicité; l'hypothèque devint occulte.

Peut-être, nous devons le dire, elle l'avait toujours été; car, à en juger par le peu d'importance accordé aux signes extérieurs, et en examinant que, dans les lois qui en parlent, il n'est nullement question de la préférence qui peut résulter de leur apposition pour les créançiers, nous serons porté à croire que ces symboles de la Grèce n'avaient jamais eu d'autre but que de conférer aux créanciers hypothécaires une tradition symbolique du droit qui devait garantir leur créance.

La stipulation seule des parties constituait une hypothèque.

Gaius nous apprend que l'hypothèque pouvait être établie verbalement, et que l'écriture n'était employée que pour la preuve.

Et ideo et sine scripturâ si convenit ut hypotheca sit, et probari poterit, res obligata erit de quâ conveniunt. Fiunt enim de his scripturæ ut quod actum est, per eas facilius probari possit. Et sine his autem valet quod actum est, si habeat probationem. (*L. 4. Dig. de pign. et hyp.*)

On préférait, à la vérité, le créancier qui avait un titre passé devant les officiers publics à celui qui n'en avait pas, bien que son droit pût être antérieur.

Il était aussi préféré à celui qui n'avait qu'un titre sous seing privé d'une date antérieure; car un titre privé ne peut avoir de date certaine, ni d'effet contre les tiers qui n'y ont pas été parties. Cependant on assimilait à un écrit authentique celui qui avait obtenu la signature de trois personnes, *probatæ et integræ opinionis*.

Digitized by Google

« *Si forte probatæ atque integræ opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones eisdem idiochiris* (ἰδιόχειρα) *contineantur; tum quasi publicè conferta accipiuntur.* » *Const.* 11, *C. qui potior.* (*in fine*).

Toutefois, cette dernière disposition, extraite d'une loi datée de Constantinople (469), n'a reçu son effet que peu de temps avant Justinien.

Pour donner le plus de garanties possible contre les fraudes des débiteurs, on avait recours aux fidéjusseurs, qui intervenaient dans les transactions sous le nom de *auctores secundi.* C'est aussi pour prévenir ces fraudes, qu'on établit les peines les plus sévères contre les stellionataires, c'est-à-dire, contre ceux qui vendaient un immeuble, sans déclarer de quelles hypothèques il était grevé. (*L.* 3, §. 1. *D. stellion. Const.* 4, *C. de crim. stell.*). Ces peines emportaient l'infamie. Le coupable etait condamné à travailler aux mines et n'échappait à la peine qu'en restituant au créancier trompé la somme qui avait fait l'objet de la fraude.

Alors les créanciers ne se contentèrent plus du droit réel sur un immeuble désigné; ils voulurent que tous les immeubles de leur débiteur fussent affectés de l'hypothèque. Celle-ci devint donc générale et s'étendit même aux biens à venir du débiteur (*L.* 1. *pr. D. de pign. et hyp.*). C'est cette hypothèque générale et occulte qui a passé dans presque toutes les législations du moyen âge, et qui a même subsisté jusqu'au milieu du siècle dernier dans beaucoup de législations européennes.

A l'hypothèque générale et occulte s'adjoignirent naturellement d'abord celles qui résultaient des jugements, ensuite les hypothèques légales, c'est-à-dire, celles qui provenaient de rapports émanant de la loi elle-même, ou des créances résultant, par exemple, de l'administration des biens d'un pupille par son tuteur; car ces créances méritaient autant de faveur que celles résultant de simples conventions.

Cependant la faveur due à certains droits fit encore établir au législateur une nouvelle sorte d'hypothèque, qui devait primer celles

Digitized by Google

même qui étaient antérieurement acquises, et on conféra aux priviléges un droit *de préférence* sur les hypothèques. Dans ce conflit d'hypothèques privilégiées ou non, judiciaires, tacites ou conventionnelles, et qui toutes avaient pour objet tous les biens du débiteur, l'on comprend quelle incertitude, quelle obscurité couvrait le sort des créanciers. Le gage hypothécaire ainsi prodigué et mal assuré, n'offrait plus de suffisantes garanties.

En accroissant sans mesure la masse des propriétés engagées, on ôtait tout moyen de proportionner le gage à la créance; le créancier, manquant d'un objet fixe qui lui fût attribué, ne pouvait empêcher le stellionat; de plus, pour une seule saisie il y avait nécessairement les frais et le concours de tous les créanciers. En accroissant la masse des propriétés engagées, on dépréciait le crédit foncier et la valeur des immeubles.

Tous ces inconvénients motivèrent des dispositions législatives de la part des empereurs; mais les mesures prises ne furent que partielles, et le mal resta sans remède.

2. *Système germanique.*

La Prusse est entrée la première dans ce système exclusif de toutes les hypothèques tacites, qui exige pour toutes les hypothèques l'inscription sur des registres publics et la restriction au fonds désigné sur lequel elles ont été inscrites. L'ordonnance royale, qui a posé ces bases fondamentales, est du 4 février 1720. Elle a même apporté des réformes dans le système des priviléges. Ces dispositions ont été de nouveau reproduites et sanctionnées dans le Code général pour les États prussiens de 1794 (MITTERMAYER, Archives pour la pratique civile, tom. XVIII).

Les bases générales du système hypothécaire prussien, et, pour parler plus généralement, du système germanique, sont les suivantes :

1.° La publicité s'y lie au système beaucoup plus vaste de la publicité de tous les droits réels, propriété, usufruit, emphythéose, servi-

Digitized by Google

tudes, etc., lesquels n'existent vis-à-vis des tiers, ne s'acquièrent et ne se conservent que par l'inscription du propriétaire ou du créancier sur le registre général de toutes les propriétés foncières;

2.° Ce système dans lequel chaque propriété, avec tous les droits qui la grèvent ou l'augmentent, a un compte ouvert dans le registre public d'inscription, suppose nécessairement une délimitation exacte et rigoureuse de tous les immeubles, ainsi que de leurs morcellements et divisions successives. Cette institution se lie donc étroitement à celle du cadastre.

Quoiqu'il ne puisse entrer dans notre plan de donner une appréciation des différents systèmes et de leur comparaison, nous pouvons nous permettre de dire, que, quoique les sympathies d'un grand nombre de savants soient acquises au système exposé ci-dessus, le travail mécanique qu'il nécessiterait, eu égard à la grande division de la propriété en France, non moins que la constatation régulière de tous les démembrements de la propriété foncière, en rendrait l'application très-difficile à notre pays.

3.° Sous ce régime, l'inscription étant la condition et le titre seul irrécusable de toute propriété, comme de tout autre droit réel, direct ou hypothécaire, l'on a dû y protéger les simples prétentions de droit et les oppositions légitimes de tous les tiers qu'une inscription définitive trop facilement accordée aurait pu léser. On y a donc admis des inscriptions provisoires, qui ont pour objet de conserver les droits du créancier jusqu'à la décision du litige. Cette inscription est maintenue ou annulée ensuite du jugement.

4.° Enfin, ce n'est point un conservateur d'hypothèques, c'est-à-dire, un officier spécial, qui est chargé de la tenue du registre des droits réels; elle est confiée ordinairement aux tribunaux.

L'Autriche a suivi l'exemple donné par la Prusse. Par deux dispositions législatives, l'une du 24 novembre 1758, applicable aux possessions seigneuriales; l'autre, du 1.er septembre 1765, pour les fonds roturiers, l'impératrice Marie-Thérèse ordonna l'inscription des

Digitized by Google

terres sur des registres appelés tables des terres et livre foncier, avec toutes les charges immobilières qui les grevaient. Le Code autrichien de 1811 reproduit ces dispositions.

Pour être considéré comme propriétaire, pour aliéner et concéder une hypothèque, il faut être inscrit comme propriétaire sur les registres publics. Toute mutation de propriété ne peut s'opérer que par l'inscription de l'acte translatif de propriété.

Le Code bavarois n'a reculé devant aucune formalité, ni devant aucune considération capable d'assurer sur des bases solides le crédit entre particuliers. Basé sur les mêmes principes que le système prussien, il prescrit que nul ne peut perdre sa propriété, sans l'inscription du titre de déchéance. Pour mieux garantir encore les tiers détenteurs contre les résolutions pour survenance d'enfants, ou contre les actions en nullité ou en rescision, la loi veut d'une part, que le donateur n'ait contre le donataire qu'une action personnelle; de l'autre, que les actions en nullité ou en rescision soient soumises à une prescription très-courte.

Ce système est encore admis par les législations du Wurtemberg, de Mecklenbourg-Schwerin, du grand-duché de Hesse, de la Saxe, de la Grèce, de la Suisse et de la Hollande, sauf des modifications qui ne tiennent pas à son essence.

3. *Système français.*

Nous esquisserons ailleurs l'historique du système hypothécaire adopté par les rédacteurs du Code civil. Le système en lui-même est brièvement résumé en ces termes par la résolution du conseil d'État du 9 février 1804 :

« Le conseil adopte en principe, que toute hypothèque sera pu-
« blique; que l'hypothèque conventionnelle sera toujours spéciale;
« que la sûreté de la femme et des mineurs doit être préférée à celle
« des acquéreurs et des prêteurs. »

C'est la dernière partie de cette résolution qui a modifié la géné-

Digitized by Google

ralité adoptée pour les principes de publicité et de spécialité. C'est là ce qui constitue le système mixte ou français, comme nous l'avons appelé. Ce n'est pas ici le lieu d'en signaler les inconvénients; nous allons seulement énumérer les États qui ont calqué leur législation sur la nôtre et ceux qui l'ont modifiée.

Ce sont les États du Pape, les Deux-Siciles, la Sardaigne, le grand-duché de Bade. Dans les États romains la publicité n'a reçu aucune restriction; dans le grand-duché de Bade on a conservé un principe de la loi de brumaire an VII, qui établit qu'aucun acheteur n'a droit réel de propriété que lorsque son acquisition a été inscrite sur le livre des immeubles.

4. *Système anglais.*

Quelques législations, notamment celles de l'Amérique et de l'Angleterre, diffèrent essentiellement quant à leur point de départ pour les hypothèques.

Nous ne parlerons que de la législation anglaise, qui consacre *la spécialité* sans *la publicité*.

En Angleterre, le consentement d'un propriétaire est indispensable pour avoir une hypothèque sur ses biens. Il n'y a donc ni hypothèque judiciaire ni hypothèque légale. D'autre part il n'y a aucune inscription sur les registres publics.

Les intérêts de l'incapable sont garantis d'une manière spéciale. La cour d'équité a la surveillance de tout ce qui touche à ces intérêts, et sur la dénonciation d'un parent, d'un ami, de l'incapable lui-même, elle maintient ou enlève la gestion au tuteur ou au mari, et, s'il y a lieu, elle en charge un de ses propres membres ou un mandataire relevant d'elle. La femme a de plus la ressource de confier, au moment même de son mariage, à des fidéicommissaires, l'administration de sa fortune, et ceux-ci sont soumis de plein droit à la surveillance de la cour d'équité. (Revue de législation de WOLOWSKI, t. 2.)

Digitized by Google

CHAPITRE II.

Historique de la législation hypothécaire en France.

La législation hypothécaire de la France est divisée chronologiquement en trois époques. Avant d'arriver au système mixte du Code civil, elle avait passé successivement par un régime occulte emprunté au Droit romain, et par un régime de publicité complète emprunté au Droit coutumier.

Nous aurons donc à considérer :

1.° Le droit hypothécaire antérieur aux lois de messidor an III et de brumaire an VII ;

2.° Le Droit tel qu'il résulte de ces lois ;

3.° Enfin, le système hypothécaire du Code civil promulgué en germinal an XII (1804).

1. *Droit hypothécaire antérieur à la révolution.*

La France avait hérité de l'hypothèque occulte du Droit romain. La clandestinité était le Droit commun. Dans quelques pays coutumiers cependant, l'hypothèque ne s'acquérait que par le nantissement, c'est-à-dire par l'inscription sur des registres publics, afin d'avoir hypothèque sur les biens du débiteur du jour de cette inscription. L'héritage servant de nantissement, ne pouvait être aliéné au détriment du créancier, qui était préféré à tous ceux qui n'étaient pas inscrits ou qui l'étaient après lui. Les bienfaits de cette publicité étaient appréciés par les pays dans lesquels elle était admise.

Dans le midi de la France l'hypothèque était restée occulte, et beaucoup de jurisconsultes, notamment Loyseau, considéraient cet état de choses comme une source d'abus et de désordres.

Digitized by Google

Plusieurs tentatives faites pour assurer à l'hypothèque la publicité, furent sans succès.

Henri III, par un édit de 1581, voulut établir dans toute la France un Droit pareil à celui qui était en vigueur dans les coutumes de nantissement; mais cet édit fut révoqué en 1588. Henri IV publia également un édit en 1606. En 1673, Louis XIV, sous le ministère de Colbert fit paraître un édit, « *portant établissement des greffes « d'enregistrement, des oppositions pour conserver la préférence aux « hypothèques.* » Cette innovation hardie n'eut pas plus de succès que les précédentes. Les grands seigneurs obérés de dettes, craignant de voir s'écrouler leur crédit, réussirent à le faire révoquer; ce qui eut lieu en avril 1674.

Dans les motifs de ce dernier édit du roi on lit le passage suivant, qui contraste péniblement avec les vues d'intérêt général et avec le courage qui avaient dicté l'ordonnance de 1673 :

« Quoique nos sujets puissent recevoir de très-considérables avan-« tages de son exécution, néanmoins, comme il arrive ordinairement « que les règlements les plus utiles ont leur difficulté dans leur pre-« mier établissement, et qu'il s'en rencontre dans celui-ci qui ne « peuvent être surmontées dans un temps où nous sommes obligé de « donner notre application principale aux affaires de la guerre, etc. »

On trouve dans l'édit de 1673 le germe des dispositions consacrées plus tard par le Code Napoléon.

L'édit de 1673, venu un siècle trop tôt, avait échoué et devant le crédit des grands seigneurs et devant l'opinion de jurisconsultes, d'ailleurs distingués, par lesquels cette innovation hardie avait été jugée téméraire. L'édit de 1771 eut pour objet de le faire revivre.

Lorsqu'un acquéreur craignait de n'avoir pas ses sûretés et voulait purger les hypothèques des biens par lui acquis, il stipulait ordinairement qu'il pourrait faire un décret volontaire, et qu'il ne serait tenu de payer le prix de l'acquisition qu'après que le décret aurait été scellé sans aucune opposition.

Digitized by Google

L'édit de 1771 fit disparaître ces décrets volontaires, qui souvent absorbaient en frais de procédure le prix des immeubles. La même disposition législative et une déclaration du 23 juin 1772, eurent aussi pour objet d'abroger l'usage des nantissements.

Dans notre ancien Droit on ne pouvait acquérir sur des immeubles un droit de propriété ou d'hypothèque que par la voie de l'*appropriance* ou par celle du *nantissement*.

L'appropriance, usitée surtout en Bretagne, consistait en ce que les nouveaux acquéreurs ne pouvaient valablement s'*approprier* des héritages par eux acquis, que six mois après l'insinuation de leurs contrats aux greffes établis près des juridictions royales de la Bretagne. Quant au nantissement, il consistait par le créancier porteur d'un titre « à se transporter en la justice foncière du lieu où était « assis l'héritage sur lequel il voulait acquérir l'hypothèque; et là, « exhiber son contrat ou son obligation aux officiers de cette jus- « tice; les requérir en présence de témoins, que, pour sûreté de « la dette ou continuation de la rente énoncée au titre, ils le « nantissent sur lesdits héritages, et que dorénavant ils ne reçoivent « aucun nantissement, que ce ne soit à la charge de la priorité de « son droit, de quoi acte lui devait être délivré et endossé sur son « titre, et ensuite registré au greffe de ladite justice foncière. »

Ces formalités ne s'étaient conservées que dans les coutumes de Flandre, Artois, Picardie, etc. Louis XV avait voulu les abroger : il avait eu pour but encore de faciliter aux acquéreurs d'immeubles la connaissance des hypothèques qui grevaient leurs acquisitions et les moyens d'en payer le prix, sans courir le risque d'être inquiétés par la suite. Les lettres de ratification furent substituées aux décrets volontaires. L'acquéreur exposait publiquement son titre d'acquisition; les créanciers du vendeur devaient se faire connaître et former opposition aux lettres de ratification : ils pouvaient requérir la surenchère pour éviter les fraudes; ils étaient payés sur le prix par ordre de leurs priviléges et de leurs hypothèques. S'il n'y avait pas

Digitized by Google

d'opposition dans le délai fixé, les lettres de ratification étaient scellées purement et simplement et l'immeuble purgé.

Mais ces dispositions de l'édit de 1771 n'atteignaient pas leur but, elles laissaient toujours l'hypothèque occulte; les prêteurs ne se connaissaient pour la première fois qu'à l'ordre, et acquéraient la certitude qu'ils avaient été trompés.

Aussi cet édit fut accueilli différemment par les parlements; la plupart en refusèrent l'enregistrement, quelques-uns ne le firent que de l'*exprès commandement du roi*, et un grand nombre ne l'admit qu'après des modifications ou des dispositions interprétatives.

Le parlement de Flandre, au contraire, déclara « qu'il regardait « la publicité des hypothèques comme le chef-d'œuvre de la sagesse, « comme le sceau, l'appui et la sûreté des propriétés, comme un « droit fondamental dont l'usage avait produit dans tous les temps « les plus heureux effets, et avait établi autant de confiance que de « facilité dans les affaires que les peuples belges traitent entre eux. « Par cette forme toutes les charges et hypothèques étaient mises à « découvert; rien n'était plus aisé que de s'assurer de l'état de chaque « immeuble par la seule inspection des registres. »

(Exposé des motifs du titre XVIII du livre 3 du Code civil, par le conseiller d'État Treilhard.)

2. *Lois du 9 messidor an III et du 11 brumaire an VII.*

L'assemblée constituante eut plusieurs fois à s'occuper de cette matière, à laquelle sont étroitement liés le crédit national, la prospérité et même la moralité publique. L'assemblée législative avait fait imprimer un travail préparatoire. La convention nous donna la loi du 9 messidor an III, qui dépassa le but qu'elle se proposait.

Elle voulut que tout titre conférant hypothèque fût inscrit chez le conservateur. L'hypothèque était acquise du jour du contrat, s'il y avait inscription dans le mois; passé ce délai, elle ne prenait plus

Digitized by Google

rang que du jour de son inscription. On avait imaginé d'autoriser ce que l'on appelait l'hypothèque sur soi-même. Le propriétaire faisait la déclaration de ses biens au conservateur des hypothèques; ce dernier faisait une estimation contradictoire de leur valeur et demeurait garant du capital. Ensuite il était autorisé à délivrer au propriétaire des cédules hypothécaires montant des trois quarts de la valeur de ses biens. Ces cédules étaient transmissibles par un endossement à ordre. Le résultat de cette innovation fut que la propriété foncière fut mobilisée d'une manière effrayante et livrée aux chances des jeux de bourse. C'était attaquer dans leurs principes tous les liens qui attachent l'homme à sa patrie, au sol et à la propriété, à tout ce qui est la garantie de la tranquillité publique. Aussi des réclamations s'élevèrent de toutes parts, et on se hâta de suspendre l'exécution d'une loi qui était devenue généralement un objet de terreur.

Une commission fut chargée de proposer les améliorations dont le Code hypothécaire était susceptible. Des deux déclarations qu'elle présenta, l'une est relative à la procédure, la seconde se réfère directement à notre sujet; elle contenait les principes suivants :

Toutes les hypothèques devaient être publiques; les hypothèques conventionnelles ne pouvaient être que spéciales, en ce sens qu'elles ne pouvaient frapper que sur les biens énumérés au contrat.

L'hypothèque judiciaire ne devait atteindre que les propriétés immobilières possédées par le débiteur au moment de la condamnation. L'hypothèque ne devait exister que du moment où l'obligation aurait été inscrite sur un registre public. Les inscriptions devaient en être faites au bureau de la situation du bien que l'on voulait grever.

Ces principes furent admis, après discussion, dans le Conseil des cinq cents, et rejetés à cause de l'insuffisance de leur rédaction par le Conseil des anciens.

Cependant un projet de loi, basé sur ces décisions, fut soumis de

Digitized by Google

nouveau à une commission composée des citoyens Bergier, Riom, Brouillé, Vouslen, Grenier et Jacqueminot, et présenté à la discussion des Cinq cents avec un rapport du citoyen Jacqueminot, dans la séance du 21 messidor an vi. Dès ce moment, le principe de la publicité des hypothèques ne rencontra plus de contradicteurs, et fut acquis à notre législation. Quant à la spécialité, voici comment l'entend ce projet de loi : on n'interdit pas aux parties contractantes la faculté de soumettre à l'hypothèque tous les biens présents du débiteur; on voulut seulement que ces biens fussent indiqués, et que l'hypothèque ne pût être assise sur les biens à venir. La désignation des immeubles n'exigeait pas l'indication de leur contenance, ni celle de leurs tenants et aboutissants; il suffisait qu'elle fût sommaire. Lorsque le droit réel dont nous parlons était conféré par la loi, la désignation n'était plus possible; mais alors le droit n'était acquis que sur les biens présents, et il n'atteignait les biens à venir qu'à la charge d'une inscription sur chacun d'eux, à mesure de leur acquisition.

Ce principe de spécialité est, comme on le voit, beaucoup plus large que celui de notre Code civil actuel, et au nombre des réformes proposées pour l'avenir, beaucoup d'opinions modernes sont d'avis de revenir aux dispositions adoptées dans la loi du 11 brumaire an vii.

Mais la faculté de grever les biens à venir fut refusée à l'hypothèque résultant d'un jugement; celle-ci ne doit atteindre que les biens possédés par le débiteur au moment où il subit la condamnation.

Enfin, pour dernier principe, la loi de brumaire voulut que la priorité entre les créanciers hypothécaires fût déterminée par l'époque de l'inscription.

C'est de la loi dont nous parlons qu'est née notre législation actuelle : c'est donc dans ses dispositions que nous trouvons le plus souvent la source de celles qui nous régissent encore; c'est à elle que nous aurons recours pour l'interprétation du Code civil.

Digitized by Google

3. *Législation actuelle du Code civil.*

Le travail des rédacteurs du Code civil eut pour base la loi de l'an VII, puisque c'était elle qu'il s'agissait de réformer.

Dans un très-long exposé des motifs, lu au Conseil d'État, BIGOT DE PRÉAMENEU démontra que le système de publicité et de spécialité ne procurait ni la connaissance de la fortune du débiteur, ni la sûreté du prêteur, ni la plénitude du crédit de l'emprunteur; que ce système ne préservait point des lenteurs et des frais de discussion; que les hypothèques légales, établies par des considérations d'ordre public, ne doivent pas dépendre d'une simple formalité, celle de l'inscription, et que l'on doit, à cet égard, préférer un régime hypothécaire qui maintient tous les droits de propriété et qui assure une protection plus complète à ceux dont la loi a restreint la capacité en matière de possession.

Dans la commission même qui avait été chargée d'examiner le projet de loi, une partie des membres s'était prononcée pour le maintien de la loi de brumaire. Le conseiller RÉAL fut leur interprète lors de la discussion, et présenta les motifs sur lesquels se fondait cette opinion, qui demandait notamment que l'intérêt des acquéreurs d'immeubles fût préféré à celui des mineurs, des femmes mariées et des incapables.

C'est sur ces bases que s'éleva la discussion.

TRONCHET la commença en parlant en faveur du nouveau projet de loi. PORTALIS réclama contre l'inscription des hypothèques légales, et appuya le système de spécialité du projet de loi. Après d'autres orateurs, dont quelques-uns voulurent remettre en question la publicité de l'hypothèque et revenir au système de clandestinité du Droit romain, le premier consul, résumant la discussion, posa la base des systèmes qui se trouvaient en présence, et écartant celui du Droit romain, ramena la question sur son véritable terrain, et établit la discussion entre le système de publicité complète admis

Digitized by Google

par la loi de brumaire, et le système mixte dont nous avons déjà parlé, et qui a passé dans nos Codes. Dans les trois séances qui furent consacrées à la discussion générale, le premier consul la dirigea toujours, et amena le Conseil d'État à la résolution que nous avons mentionnée plus haut, et qui est la base de notre système hypothécaire. Ensuite on passa à la discussion des articles, qui occupa cinq nouvelles séances. Cette discussion, commencée le 12 pluviôse an XII, se termina le 22 ventôse (19 mars 1804), et la promulgation de la loi eut lieu le 29 mars 1804. Depuis lors cette loi reçut son exécution. Pendant trente-huit ans d'application, ses vices ont pu se développer et être connus de tous; aussi depuis longtemps on en demande la révision. Beaucoup de jurisconsultes, d'hommes pratiques en ont fait sentir les côtés faibles, et aujourd'hui, quoique l'on ne soit pas d'accord sur les modifications nécessaires, on l'est sur la nécessité de mettre la loi au niveau de nos besoins, et de la plier aux exigences du crédit foncier et de la sûreté des transactions.

La question qui s'agite aujourd'hui parmi les jurisconsultes français et étrangers, est de savoir si le Code civil donne aux créanciers et aux acquéreurs le plus grand nombre de garanties désirables, ou bien, s'il n'y aurait pas moyen d'augmenter ces garanties, en élargissant le principe de la publicité et en le faisant pénétrer dans les hypothèques légales des femmes et des mineurs, et dans l'aliénation de tous les droits de propriété.

Un homme éminent comme politique, et dont la vie s'est consumée dans les luttes qu'il soutint pour le maintien de nos institutions, Casimir Périer, exprima le premier hautement la désapprobation dont il frappait notre système hypothécaire. En 1827, il ouvrit un concours pour indiquer les améliorations qui pouvaient lui rendre la confiance publique, et créa un prix de 3000 francs pour l'auteur du mémoire qui aurait le mieux atteint ce but. En 1841, le ministre de la justice a consulté les facultés du royaume et les

Digitized by Google

cours royales sur les réformes à introduire dans notre système hypothécaire. Quelques-unes ont fait paraître des mémoires sur cette matière. Il est vraisemblable que ces travaux seront élaborés en projet de loi et présentés aux Chambres dans une de leurs prochaines sessions.

SECONDE PARTIE.

NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

SECTION PREMIÈRE.

1. *Nature du droit d'hypothèques.*

L'hypothèque, dit le Code, *est un droit réel sur un immeuble affecté à l'acquittement d'une obligation. Elle est indivisible et subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles; elle les suit en quelque main qu'ils passent.*

L'hypothèque est un droit réel, c'est-à-dire, qu'elle donne un droit sur la chose qui en est affectée, par opposition au droit personnel, qui ne donne d'action que contre la personne. Comme toutes les actions réelles, l'hypothèque suit l'immeuble en quelque main qu'il passe, pour que le créancier puisse se faire payer par préférence aux créanciers chirographaires et même aux créanciers hypothécaires d'un rang inférieur, sur le prix de l'immeuble affecté à l'acquittement d'une obligation.

Ici il est nécessaire de dire ce que la définition du Code ne contient pas, c'est que le débiteur conserve la possession de la chose hypothéquée, et que la fin de l'hypothèque est la vente de la chose affectée; mais il est à remarquer que l'immeuble grevé ne peut venir, par une conséquence naturelle de l'hypothèque, en la possession d'un

Digitized by Google

créancier; celui-ci n'a droit d'être payé que sur le prix de vente; c'est ce qui fait que l'hypothèque est un droit mobilier et non un droit immobilier *quia ad mobile tendit.*

On peut donner une raison de plus en faveur de cette opinion; c'est que l'hypothèque est un accessoire d'une créance qui est mobilière (art. 529 du Code civ.); elle suit donc, par conséquent, la nature de l'obligation principale : mais cette opinion a été considérée par quelques auteurs, et à tort, selon nous, comme la première de celles qui rangent l'hypothèque parmi les droits mobiliers; elle ne vient qu'en second ordre, après celle que nous avons énoncée d'abord, et qui consiste à dire que le but final de l'hypothèque étant pour le créancier d'être payé sur *le prix* de l'immeuble, et ce prix étant de sa nature une chose mobilière, le droit d'hypothèque suit cette nature.

L'indivision de l'hypothèque s'exprime par cet adage : « *tota in toto et tota in qualibet parte.* » Ce principe donne au créancier le droit de poursuivre la vente de celui des immeubles hypothéqués qui lui convient. (*L.* 8, *D. de distract. pign.*)

L'hypothèque est indivisible, c'est-à-dire, qu'en l'absence de toute convention contraire, le créancier peut l'exercer pour la totalité de sa créance ou pour ce qui lui est encore dû, contre tout détenteur des immeubles ou d'une portion quelconque des immeubles grevés, et chacun de ses héritiers le peut de même pour sa part dans la créance.

L'hypothèque, comme cela résulte de la définition donnée plus haut, est un contrat accessoire qui n'intervient entre les parties contractantes que pour servir de garantie à une obligation. Il semble par suite qu'elle ne doit pas être plus indivisible que la dette principale et que l'objet qui en est frappé. Mais cette indivision n'est pas de l'essence de l'hypothèque; seulement les conditions ne peuvent être scindées, c'est-à-dire, que si l'on a hypothèque sur un fonds pour une somme de 1000 francs, on ne peut diminuer le gage

Digitized by Google

et libérer la plus faible partie de l'héritage hypothéqué qu'en payant la somme tout entière : « *Ne dividatur vigor et vinculum pignoris, debito principali diviso.* »

Cette indivisibilité relative a lieu tant à l'égard du créancier qu'à l'égard du débiteur, même lorsque plusieurs créanciers ou débiteurs sont substitués à un seul.

Nous trouverons dans le cours de ce travail quelques exceptions au principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, surtout en matière de réduction des hypothèques légales.

On conclut encore de la nature accessoire de l'hypothèque que son existence est liée à celle de l'obligation qui y a donné lieu.

Pour que l'hypothèque ne devînt pas un droit illusoire pour le créancier par l'aliénation que ferait le débiteur des biens qui en seraient frappés, la loi y a attaché un droit de suite entre les mains de tout tiers détenteur; c'est là ce qui constitue le *jus in re*, dont nous avons déjà parlé.

2. *Des causes qui produisent l'hypothèque.*

L'hypothèque n'a lieu que dans les cas et suivant les formes autorisées par la loi (art. 2115). Extérieurement, en effet, ce contrat dépend des formalités auxquelles la loi l'a soumis; mais, par son origine et sa nature, il appartient à toutes les nations civilisées; c'est un contrat du Droit des gens.

Il découle de ce principe, qu'un étranger peut l'acquérir en France en remplissant les formalités prescrites par les lois françaises, et ces formalités entrent alors pour l'étranger dans le domaine du Droit des gens.

Elle est légale, judiciaire ou conventionnelle.

L'hypothèque légale est celle qui résulte de la loi seule, parce que la loi l'a attachée à certaines créances des femmes sur les biens de leur mari, pour sûreté de leur dot; aux créances des mineurs sur ceux de leur tuteur, pour garantie de la bonne gestion de la tutelle.

Digitized by Google

L'hypothèque judiciaire est celle qui résulte des jugements ou actes judiciaires.

Enfin, l'hypothèque conventionnelle est celle qui dépend des conventions et de la forme extérieure des contrats.

SECTION II.

Des biens susceptibles d'hypothèques.

Les articles qui règlent cette matière, sont ceux qui figurent au Code sous les n.os 2118 et 2119.

Le dernier reproduit le principe de Droit coutumier :

« *Meuble n'a pas de suite par hypothèque.* »

Le contraire avait lieu dans la législation romaine, où l'hypothèque avait avec le gage une connexion intime, et où l'on admettait que ce qui était susceptible d'être acheté et vendu, était susceptible de garantir une obligation. « *Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest.* »

Bien loin de laisser subsister ce principe, on a établi dans notre Code civil précisément l'opposé dans l'article 2279 : « en fait de meubles la possession vaut titre. » Comment suivre, en effet, entre les mains des tiers la possession de meubles transmissibles avec tant de facilité. Ils ne pourraient conserver le caractère d'un droit établi en eux, et d'ailleurs ils satisfont bien plus directement au but qu'on se propose, si on en fait l'objet d'un contrat de gage (proprement dit), sans recourir à la fiction de droit de l'hypothèque. Ensuite ne serait-ce pas entraver d'une manière très-préjudiciable le commerce, puisque le plus petit objet exposerait l'acheteur à une éviction.

Il est cependant à remarquer que, comme dans le droit d'hypothèque, il y a deux choses, le droit de suite et le droit de préférence : les meubles ne sont pas affectés du droit de suite, mais peuvent l'être du droit de préférence; les deux droits peuvent être séparés.

Digitized by Google

Dans notre Droit sont seuls susceptibles d'hypothèques :

1.° Les biens immobiliers qui sont dans le commerce, et leurs accessoires réputés immeubles;

2.° L'usufruit des mêmes biens et accessoires pendant sa durée.

Tous les immeubles peuvent donc être affectés de l'hypothèque, par suite aussi tous les accessoires d'un fonds peuvent être vendus par voie d'expropriation forcée. Ce sont en un mot les immeubles par destination qui figurent aux articles 524 et 525 du Code civil. Il faut aussi y ajouter les accessions, comme les alluvions et les attérissements.

Mais l'hypothèque ne frappe ces objets qu'autant que leur destination n'est pas changée. Ils ne pourraient être vendus séparément de l'immeuble pour satisfaire les créanciers.

C'est à ce point de vue qu'il faut aussi considérer la question de savoir si une hypothèque peut être consentie sur les fruits pendants par racine.

Aux termes de l'article 520 du Code civil ils sont immeubles. Ils sont frappés de l'hypothèque tant qu'ils sont attachés au sol hypothéqué; mais aussitôt qu'ils sont récoltés, ils deviennent meubles et échappent à l'hypothèque. Mais en cas de saisie, la dénonciation au saisi les immobilise, et ils peuvent être distribués avec le prix de l'immeuble par ordre d'hypothèques (art. 689 du C. de pr.).

L'hypothèque peut encore atteindre :

Les mines concédées, qui sont immeubles (art. 8 de la loi du 21 avril 1810), mais non pas les matières extraites, qui sont meubles (art. 9 et 21 de la même loi);

L'immeuble possédé à titre d'emphythéose;

Les actions de la banque de France immobilisées.

On peut hypothéquer un immeuble soumis à une expropriation forcée, dont la dénonciation a été faite au saisi, d'après l'article 681 du Code de procédure.

Mais ne peuvent être grevés d'hypothèques :

Digitized by Google

Les servitudes, à cause de leur nature;

Les actions qui tendent à la revendication d'un immeuble;

Les droits d'usage dans les forêts, tels que droits de pâturage, glandée et affouage, qui sont incessibles et insaisissables;

Les rentes constituées à prix d'argent (loi de brumaire an VII, art. 2);

Les actions ou intérêts que l'on peut avoir dans les compagnies de finances, de commerce ou d'industrie, tant que la société existe; mais alors qu'elle est dissoute, et que les droits de chacun sont fixés par le partage, nul ne peut être empêché d'hypothéquer les immeubles qui lui reviennent;

Les choses qui ne sont pas dans le commerce, par exemple : les églises;

Les choses qui sont du domaine public, par exemple : les chemins, les rivières, les rues, etc.;

Les charges et offices, jadis réputées immeubles, et susceptibles d'hypothèques.

Celui qui a une action en revendication d'un immeuble possédé par un tiers, peut-il hypothéquer cet immeuble? Nous le pensons; mais avec les restrictions de l'article 2125 du Code civil, et en nous fondant sur le principe : *Is qui actionem habet ad rem recuperandam, rem ipsam habere videtur.*

Le Code n'a rien innové aux dispositions des lois maritimes concernant les navires et bâtiments de mer.

Aux termes des articles 190 et suivants du Code de commerce, les navires sont meubles, et suivant un avis du Conseil d'État, la procédure, la vente et la distribution doivent se faire devant le tribunal civil, parce que les tribunaux de commerce ne connaissent pas de l'exécution de leurs jugements.

Digitized by Google

CHAPITRE PREMIER.

Des différentes espèces d'hypothèques.

SECTION PREMIÈRE.

Hypothèques légales.

Les droits et créances auxquels l'hypothèque légale est attribuée, sont :

1.° Ceux des femmes mariées, sur les biens de leurs maris;

2.° Ceux des mineurs et interdits, sur les biens de leurs tuteurs;

3.° Ceux de l'État, des communes et des établissements publics, sur les biens des receveurs et administrateurs comptables (art. 2121 du C. civ.);

4.° Ceux du légataire, sur les biens de la succession pour le payement de son legs (art. 1009, 1012 et 1017 du C. civ.);

5.° Ceux des créanciers privilégiés qui n'ont pas rempli les conditions prescrites pour la conservation de leur privilége (art. 2113 du C. civ.).

§. 1.er

1.° *Hypothèque des femmes mariées.*

L'hypothèque légale est celle qui résulte de la loi, indépendamment de toute convention. La loi la donne aux femmes mariées, ou sous le régime dotal, ou sous celui de la communauté, pour sûreté des dots, conventions et apports matrimoniaux.

Dans l'ancien Droit romain, les femmes n'avaient qu'un privilége personnel pour être préférées de leur dot aux créanciers antérieurs de leur mari.

« *Nos itaque*, dit Justinien, *ad antiquas leges respeximus, in* « *personalibus actionibus rei uxoriæ actioni (quam in præsenti sus-*

Digitized by Google

« *tulimus) magnam prærogativam præstantes, ut contra omnes penè*
« *personales actiones habeant privilegia et creditores alios antece-*
« *dant licet fuerint anteriores.* »

Ensuite il annonce l'institution de l'hypothèque tacite :

« *Ad hæc omnia respicientes .... sancimus, ex stipulatu*
« *actionem, quam mulieribus jam pro dote instituenda dedimus,*
« *cuique etiam tacitam donavimus inesse hypothecam, potiora jura*
« *contra omnes habere mariti creditores licet anterioris sint tempo-*
« *ris privilegio vallàti.* »

L. 12, C. qui potior in pign.

Justinien avait tellement privilégié cette hypothèque, qu'il voulut qu'elle assurât la préférence sur tous les créanciers hypothécaires du mari, même antérieurs en date et privilégiés.

Suivant le Code civil, la femme n'a pas d'hypothèque privilégiée (art. 1572), mais une simple hypothèque tacite, qui garantit les droits et reprises, ses gains nuptiaux et ses paraphernaux, et qui atteint tous les biens du mari.

Les fruits de la dot doivent avoir hypothèque légale du jour où ils ont couru.

Le Code de commerce a apporté cependant une modification sensible au Droit commun, à l'égard des femmes de commerçants.

Lorsque le mari est commerçant au moment du mariage, les immeubles qui lui appartiennent à l'époque de la célébration du mariage, ou qui lui sont advenus depuis, sont seuls soumis à l'hypothèque légale de la femme.

1.° Pour les deniers et effets mobiliers qu'elle aura apportés en dot, ou qui lui seront advenus depuis le mariage, par succession ou donation entre vifs ou testamentaire, et dont elle prouvera la délivrance ou le payement par acte ayant date certaine;

2.° Pour le remploi de ses biens aliénés pendant le mariage;

3.° Pour l'indemnité des dettes par elle contractées avec son mari (art. 563 du C. de comm.).

Digitized by Google

Comme l'hypothèque est du Droit des gens, et comme les articles 2121 et 2135 du Code civil, forment un *statut réel*, il est permis de conclure qu'une femme étrangère jouirait de l'hypothèque légale sur les biens de son mari situés en France.

L'hypothèque légale de la femme mariée frappe tous les immeubles du mari.

Elle grève non-seulement les immeubles propres du mari, mais encore les conquêts de la communauté, lors même que ce dernier les aurait aliénés ou hypothéqués durant le mariage.

Les époux, lorsqu'ils sont majeurs, peuvent dans le contrat de mariage en consentir la restriction à des immeubles spéciaux.

L'hypothèque de la femme a lieu du jour du mariage, mais elle ne prend date, en ce qui concerne les successions qui lui échoient, ou les donations qui lui sont faites pendant le mariage, que du jour de l'ouverture de ces successions, ou de celui où le mari est devenu responsable des objets compris dans les donations.

La femme mariée sous tout autre régime que le régime dotal, perd le bénéfice de son hypothèque :

Par une obligation solidaire contractée avec son mari;

Par la renonciation à son hypothèque légale, au profit d'un ou de plusieurs créanciers de son mari. Cette renonciation peut n'être que tacite.

2.° *Hypothèque légale des mineurs.*

Cette hypothèque nous vient encore du Droit romain.

« *Pro officio administrationis tutoris vel curatoris, bona, si cre-*
« *ditores existant, tanquàm* pignoris titulo *obligata, minores sibi-*
« *met, vendicare minimè prohibentur.* »

L. 20, *c. de adm. tutor.*

Les interdits pour cause de fureur ou de démence, avaient bien un privilége *in personalibus actionibus*, mais pas d'hypothèque légale.

Digitized by Google

La jurisprudence française les assimilant les uns aux autres, leur accorde à tous l'hypothèque légale sur les biens de leurs tuteurs et curateurs.

Les biens du protuteur, c'est-à-dire, de celui qui administre des biens aux colonies (art. 491) en sont aussi frappés. Il faut le dire, aussi des biens du père, tuteur de ses enfants, de ceux du tuteur officieux.

Mais l'hypothèque légale n'existe pas sur les biens des subrogés tuteurs;

Des curateurs donnés aux mineurs émancipés;

Des conseils donnés aux prodigues;

Des pères administrant pendant le mariage les biens appartenant en propre à leurs enfants (art. 361);

Du second mari d'une mère tutrice qui a négligé de se faire conserver la tutelle (art. 395) en se remariant.

L'hypothèque légale a lieu :

Pour tout ce qui se réfère à la gestion du tuteur;

Pour tout ce qu'il a négligé de faire au détriment du pupille;

Pour les sommes que devait le tuteur au pupille avant la tutelle;

Pour tous redressements du compte de tutelle pendant les dix ans qui suivent la majorité (art. 475).

Cette hypothèque légale prend naissance du jour de l'acceptation de la tutelle,

C'est-à-dire,

Pour les tuteurs légitimes du jour même de l'ouverture de la tutelle;

Pour les tutelles testamentaires et celles déférées par le conseil de famille, du jour où le tuteur a eu connaissance du testament et de la délibération.

Les principes de notre législation donnent lieu de penser, qu'un acte de tutelle fait en pays étranger, emporte en France hypothèque au profit d'un mineur français; on va même plus loin, et on

Digitized by Google

décide qu'un mineur étranger, dont la tutelle a été déférée en pays étranger, pourra réclamer hypothèque.

3.° *Hypothèque légale sur les biens des comptables.*

La troisième sorte d'hypothèques légales est celle de l'État, des communes et établissements publics, sur les biens des receveurs et administrateurs comptables. On entend par comptables, ceux qui manient les fonds publics ou en sont dépositaires.

Les dispositions spéciales à cette garantie sont déterminées par la loi du 5 septembre 1807.

Elle s'étend aux biens possédés par le comptable avant sa nomination et à ceux acquis postérieurement, autrement qu'à titre onéreux; mais à la charge de l'inscription, conformément aux articles 2121 et 2134 du Code civil. Cette inscription distingue essentiellement cette hypothèque légale de celle dont nous nous sommes occupé antérieurement.

Les percepteurs des communes ne sont point comptables dans le sens de la loi de 1807.

4.° *Hypothèque légale des légataires.*

L'article 1017 dispose que les héritiers du testateur ou autres débiteurs d'un legs seront personnellement tenus de l'acquitter chacun au prorata de la part et portion dont ils profiteront dans la succession, et qu'ils en seront tenus hypothécairement pour le tout jusqu'à concurrence de la valeur des immeubles de la succession dont ils seront détenteurs.

5.° *Priviléges dégénérés en hypothèques par défaut d'inscription.*

Enfin, on considère comme hypothèque légale celle que l'article 2113 déclare exister au profit de ceux qui ont un privilége sur les immeubles, dans les termes des articles 2108 et suivants, et qui ont négligé de le faire inscrire dans les délais fixés par la loi.

Digitized by Google

§. 2.

Les hypothèques légales, et il en est de même des hypothèques judiciaires, frappent sur l'universalité des biens présents et à venir. Nous verrons plus loin qu'elles peuvent être réduites.

C'est par suite de ce principe qu'il faut conclure :

1.° Que l'hypothèque générale de la femme frappe sur les immeubles que le mari a acquis dans la communauté et qu'il a ensuite revendus, lorsque la femme a renoncé à la communauté;

2.° Que, lorsqu'un immeuble soumis à l'hypothèque générale est échangé contre un autre, les deux immeubles restent soumis à cette hypothèque (arrêt de la Cour de cassation du 9 novembre 1819);

3.° Que l'hypothèque de la femme, du mineur et de l'interdit s'étend même aux biens que le mari ou le tuteur a pu acquérir depuis la mort de la femme ou depuis la fin de la tutelle.

SECTION II.

Hypothèques judiciaires.

Notre hypothèque judiciaire est une création du Droit français : elle diffère essentiellement du gage judiciaire des Romains. Une sentence du juge romain ne produisait pas ce résultat, d'affecter tous les biens du débiteur condamné par une hypothèque générale. Elle ne produisait qu'une simple action *in factum.*

L'origine de ce droit se trouve dans l'article 35 de l'ordonnance de Moulins, et dans les articles 10 de la loi du 9 messidor an III et 3 du 11 brumaire an VII.

Voici comment elle est instituée dans nos Codes :

« L'hypothèque judiciaire résulte des jugements, soit contradic-
« toires, soit par défaut, définitifs ou provisoires, en faveur de celui
« qui les a obtenus.

Digitized by Google

« Elle résulte aussi de reconnaissances ou vérifications faites en « jugement, des signatures apposées à un acte obligatoire sous seing « privé.

« Elle peut s'exercer sur les immeubles actuels du débiteur et sur « ceux qu'il pourra acquérir, sauf aussi les modifications qui seront « ci-après exprimées. Les décisions arbitrales n'emportent hypothèque « qu'autant qu'elles sont revêtues de l'ordonnance judiciaire d'exé- « cution.

« L'hypothèque ne peut pareillement résulter des jugements ren- « dus en pays étrangers, qu'autant qu'ils ont été déclarés exécutoires « par un tribunal français, sans préjudice des dispositions contraires, « qui peuvent être dans les lois politiques ou dans les traités. »

Les effets de la sentence s'étendent à tous les biens présents et à venir du condamné, en faveur de celui qui l'a obtenue, à charge par lui de prendre inscription. Il suffit même d'une seule inscription sur tous les biens présents et à venir, sis dans l'arrondissement du bureau (Arr. de la Cour de cass., 3 août 1819).

Lorsqu'un immeuble soumis à l'hypothèque judiciaire est échangé, l'immeuble reçu en contre-échange est hypothéqué, et l'immeuble donné reste soumis à l'hypothèque.

Cependant un jugement rendu contre une femme mariée sous le régime dotal, ne donnerait pas hypothèque sur la dot de cette femme, s'il s'agit de dettes contractées pendant le mariage.

L'hypothèque judiciaire résulte de tout jugement émané d'une juridiction française et contenant une condamnation. Ainsi, un jugement préparatoire et d'instruction, un jugement qui ordonnerait un rapport d'experts, une descente sur les lieux, n'y donnerait pas lieu. Il faut dire la même chose de celui qui ordonnerait une reddition de compte; de ceux qui nomment un curateur à une succession vacante; de ceux qui reçoivent caution judiciaire, des jugements d'adjudication.

Il est du reste indifférent que le jugement soit contradictoire ou

Digitized by Google

par défaut, définitif ou provisoire, susceptible ou non d'être attaqué par l'une des voies de recours admises par la loi.

Par suite, tous actes judiciaires qui n'ont pas le caractère de jugements, n'emportent pas hypothèque. Ce sont, par exemple, les procès-verbaux de conciliation rédigés par les juges de paix.

Parmi les jugements qui emportent hypothèque, il faut compter :

Ceux rendus en matière criminelle, correctionnelle ou de simple police;

Les jugements convenus entre les parties;

Les jugements rendus par les consuls de commerce français à l'étranger; mais, quand ces jugements sont attaqués par une des voies de procédure ouvertes, l'hypothèque, qui a pu déjà être inscrite, reste en suspens jusqu'à la décision définitive;

Les décisions des Autorités administratives sur les contestations portées devant elles.

Telles sont, par exemple : les contraintes décernées par l'Administration des douanes; les ordonnances du Roi, rendues en Conseil d'État sur les matières contentieuses; les condamnations prononcées par les conseils de préfecture contre des contrevenants à la police de la voirie et à celle de la navigation, etc.;

Les jugements des juges de paix prononçant des condamnations, mais non les actes qu'ils font comme conciliateurs;

Les sentences arbitrales revêtues de l'ordonnance d'*exequatur;*

Les jugements de reconnaissance ou de vérification de signatures apposées aux actes sous seing privé, contenant des obligations; mais il est nécessaire que les actes sous seing privé contiennent des obligations exigibles. Car aux termes de l'article 1.er de la loi du 3 septembre 1807, lorsqu'un jugement aura été rendu sur une semblable demande, avant l'échéance ou l'exigibilité de l'obligation, il ne pourra être pris aucune inscription hypothécaire en vertu de ce jugement, qu'à défaut de payement de l'obligation après son échéance ou son exigibilité, à moins qu'il n'y ait eu stipulation contraire.

Digitized by Google

L'hypothèque dérivant de ces divers jugements, est de plein droit, c'est-à-dire, qu'il n'est pas nécessaire que le jugement en fasse mention.

Mais, s'il est facile de comprendre que les jugements donnent lieu à une hypothèque judiciaire, il ne l'est pas toujours de savoir quand l'hypothèque découle d'un jugement. Ainsi, par exemple, un débiteur s'est engagé par un acte sous seing privé à consentir hypothèque sur certains immeubles. Il refuse d'exécuter cette promesse. Il y a poursuite judiciaire. Intervient un jugement qui le condamne et ordonne que, faute par lui d'y obtempérer, le jugement tiendra lieu de convention.

L'hypothèque est-elle conventionnelle ou judiciaire?

Le jugement a-t-il seulement confirmé l'hypothèque spéciale? Notre opinion est, qu'il a fait plus, et qu'il a substitué une hypothèque générale à une hypothèque spéciale. Le débiteur ne peut s'en prendre qu'à lui-même de n'avoir pas exécuté ses engagements.

L'ordonnance de Moulins faisait courir l'hypothèque judiciaire *de l'instant de la condamnation contradictoire en dernier ressort et du jour de la prononciation.*

La condamnation devait être en dernier ressort; mais cela fut plus tard modifié, et on put prendre inscription après la condamnation en premier ressort. Seulement l'hypothèque suit le sort de l'appel; mais on a conservé dans notre Code le principe qui la fait courir du jour de la prononciation, c'est-à-dire, avant toute signification. Cela vient de ce que l'inscription hypothécaire n'est pas considérée comme un acte d'exécution du jugement, mais comme un acte conservatoire. Ceci s'applique même aux jugements rendus par défaut, qui, dans nos coutumes, n'emportaient hypothèque qu'après signification aux avoués.

Les jugements rendus par des tribunaux étrangers confèrent aussi l'hypothèque judiciaire, s'ils ont été rendus exécutoires par un tribunal français; celui-ci restant maître d'examiner le fonds et de refuser le *pareatis*.

Digitized by Google

Mais un jugement rendu par des arbitres en pays étranger, l'une des parties étant un Français, ne serait pas sujet à révision par le tribunal dont on solliciterait l'ordonnance exécutoire.

SECTION III.

Hypothèques conventionnelles.

Cette matière étant assez étendue, nous la diviserons ainsi qu'il suit :

1.° Des personnes capables de constituer hypothèque;

2.° Des biens qui peuvent être hypothéqués conventionnellement;

3.° Des actes contenant constitution d'hypothèque;

4.° Des obligations pour sûreté desquelles l'hypothèque peut être constituée.

1.° *Des personnes capables de constituer hypothèque.*

L'hypothèque conventionnelle est celle qui résulte de la convention des parties et de la forme extérieure des actes et des contrats (art. 2117).

Quant à la convention, elle ne peut être formée que par des parties ayant la capacité de contracter des obligations.

En thèse générale, ceux qui ne peuvent s'obliger valablement, ne peuvent par cela même hypothéquer leurs biens, par suite de ce qu'il n'y a point d'accessoire là où il n'y a point de principal.

D'ailleurs, l'hypothèque, étant une aliénation d'une portion du domaine de la chose, ne peut être consentie que par ceux qui ont capacité pour aliéner.

Il y a ici lieu d'examiner à cet égard la capacité des personnes dont les lois ont limité les pouvoirs pour l'aliénation de leur patrimoine :

1.° Quant aux femmes, si le régime dotal n'est pas la base de leur contrat de mariage, leur capacité est régie par l'article 217 du Code civil, qui s'exprime ainsi :

Digitized by Google

« La femme, même non commune ou séparée de biens, ne peut « donner, aliéner, *hypothéquer*,..... sans le concours du mari dans « l'acte ou son consentement par écrit. »

Sous le régime dotal, la dot est inaliénable, et n'est pas susceptible d'hypothèque (art. 1554). Les paraphernaux, aux termes de l'article 217 déjà cité, ne peuvent être hypothéqués sans l'autorisation du mari.

Mais une femme qui se serait réservé la faculté d'aliéner un immeuble dotal, pourrait-elle l'hypothéquer? Nous croyons que la question doit être résolue par la négative.

Lorsqu'une femme a hypothéqué seule les immeubles qui ne pouvaient être engagés sans l'autorisation de son mari, elle peut faire annuler cette hypothèque; son mari lui-même peut en poursuivre l'annulation, et les héritiers de l'un et de l'autre.

2.° La femme, marchande publique, ne peut hypothéquer ses biens dotaux (art. 7 du Code de comm.); mais elle peut grever ses autres immeubles d'hypothèques en vue de son commerce.

3.° Les communes et les établissements publics ne peuvent hypothéquer leurs biens sans une ordonnance du Roi.

4.° Les biens des mineurs sont entourés d'une protection toute spéciale de la loi pour les mettre à l'abri de la mauvaise foi.

Le tuteur, même le père ou la mère, ne peut hypothéquer les biens immeubles du mineur sans être autorisé par un conseil de famille.

Cette autorisation ne devra être accordée que pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident (art. 457 du Code civ.).

Le mineur émancipé lui-même est soumis à cette formalité (art. 483 et 484 du Code civ.).

5.° L'interdit est assimilé au mineur pour ses biens (art. 509 du C. c.).

Ceux qui sont pourvus d'un conseil judiciaire ne peuvent faire aucun acte d'aliénation sans l'autorisation de ce conseil (art. 499 — 513 du C. civ.)

Digitized by Google

6.° Tous ceux qui ne jouissent qu'en vertu de l'envoi en possession provisoire ne peuvent hypothéquer les biens de l'absent (art. 128).

7.° Les morts civilement ne sont pas appelés à jouir de cette faculté.

L'hypothèque consentie par un incapable, s'il la ratifiait à la cessation de son incapacité, serait-elle valable?

La réponse doit être affirmative à l'égard des mineurs, en présence de l'article 1311 du Code civil, et si la ratification a été opérée dans l'intention de réparer le vice d'incapacité sur lequel on pouvait fonder une action en nullité (art. 1338).

A l'égard des autres incapables, il faut aussi leur étendre ce principe (art. 1312).

2.° *Quels biens peuvent être hypothéqués conventionnellement?*

Celui qui veut hypothéquer un immeuble, doit avant tout en être propriétaire ou en avoir reçu le droit du propriétaire. Ainsi, on ne peut hypothéquer l'immeuble d'autrui. Une pareille constitution d'hypothèque ne serait pas validée, même quand postérieurement l'immeuble viendrait en la possession du constituant.

Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision (art. 2125).

Cet article ne fait qu'appliquer le principe : « *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet.* »

Que deviennent les hypothèques constituées par un propriétaire dont le droit de propriété est grevé d'une condition résolutoire?

Il y a là une distinction à faire : si la résolution est arrivée par un fait nécessaire, les hypothèques sont éteintes; mais si elle est amenée par la volonté du constituant, alors les hypothèques conservent tout leur effet.

Digitized by Google

Celui qui a sur un immeuble un droit soumis à une condition suspensive, peut bien hypothéquer cet immeuble, mais les hypothèques suivront le sort de la condition.

Ainsi, un héritier peut consentir une hypothèque éventuelle sur les biens qui lui écherront dans le partage de la succession; mais la morale publique et la loi qui la protége interdisent l'hypothèque sur la succession à venir d'une personne encore vivante.

Tous les biens présents du débiteur peuvent être soumis à l'hypothèque; mais l'article 2129 interdit formellement d'y affecter les biens à venir du débiteur; c'était le contraire dans la législation romaine : ce genre de stipulation n'était pas interdit aux parties. Dans l'ancienne jurisprudence française on avait été plus loin : tout contrat constitutif d'hypothèque atteignait de plein droit tous les biens présents et à venir.

Maintenant il n'en est plus ainsi. Cependant, si les biens présents et libres du débiteur sont insuffisants pour la sûreté de la créance, il peut, en exposant cette insuffisance, consentir que chacun des biens qu'il acquerra dans la suite y soit affecté à mesure des acquisitions (art. 2130 du Code civ.). Cette disposition, prise dans l'intérêt du créancier et du débiteur, a eu pour but de favoriser les prêts d'argent, et par conséquent, les affectations d'hypothèques qui en font la sûreté. Elle a même été étendue par la jurisprudence aux personnes qui ont l'espoir d'acquérir des immeubles, quoiqu'elles n'en possèdent pas encore. Tout intéressé aurait droit à faire réduire aux biens présents une semblable hypothèque, s'ils étaient suffisants.

S'il arrivait que les immeubles hypothéqués eussent péri ou éprouvé des dégradations, de manière qu'ils fussent devenus insuffisants pour la sûreté du créancier, celui-ci pourra, ou poursuivre dès à présent son remboursement, ou obtenir un supplément d'hypothèque (art. 2131).

Ce supplément ne remonterait pas au jour de la première convention, et il doit être suivi d'inscription.

Digitized by Google

Par contre, l'hypothèque acquise s'étend à toutes les améliorations survenues à l'immeuble qu'elle grève (art. 2133). Ainsi, l'hypothèque s'attache à l'alluvion. Ainsi l'hypothèque donnée sur la nue propriété, frappera l'usufruit s'il y a consolidation. Ainsi, quand un tiers débiteur bâtit sur un terrain hypothéqué, la maison est affectée. Mais l'hypothèque ne frappe pas les augmentations survenues par l'achat d'immeubles voisins.

3.° *Des actes contenant constitution d'hypothèques.*

L'hypothèque du Droit romain pouvait être consentie verbalement : l'écriture ne servait qu'à la preuve. En France, sauf quelques exceptions, elle était censée attachée de droit à tout acte authentique. Entre ces deux systèmes parfaitement opposés, le Code de 1804 a choisi un moyen terme, et il a consacré que l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par un acte passé en forme authentique devant deux notaires ou devant un notaire et deux témoins.

Un acte authentique qui ne serait pas notarié, par exemple un procès-verbal de conciliation devant un juge de paix, serait insuffisant pour constituer une hypothèque valable. Les actes sous seing privé sont également destitués d'effet; ils ne serviraient de base à une inscription, que s'ils avaient été reconnus en jugement. Cependant on pourrait prendre inscription en vertu d'une convention conditionnelle, même quand le montant de l'obligation ne serait pas liquidé.

Les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens du débiteur situés en France, s'il n'y a des dispositions contraires dans les lois ou dans les traités (art. 2128).

Cette rigueur se justifie parce que notre hypothèque est, au moins quant à la manière de l'acquérir, du Droit civil.

Les actes passés en pays étrangers, même avec les formes solennelles, n'ont chez nous que la valeur d'un acte sous seing privé,

Digitized by Google

et non-seulement on refuse à l'acte étranger le pouvoir civil, c'est-à-dire, l'exécution, mais la stipulation même d'hypothèque n'est pas reconnue valable.

L'hypothèque conventionnelle n'est valable qu'autant que le titre constitutif de la créance où un acte authentique postérieur contient la déclaration spéciale de la nature et de la situation de chacun des immeubles actuellement appartenant au débiteur sur lesquels il consent l'hypothèque de la créance (art. 2129).

C'est ici que nous rencontrons le principe de spécialité dont nous avons parlé dans la première partie, et qui est imposée comme une des conditions de la validité de l'hypothèque conventionnelle. Les indications exigées pour les immeubles sont destinées à être répétées dans l'inscription. Ainsi, la spécialité concourra à assurer la publicité.

L'hypothèque générale conventionnelle est donc prohibée par notre Code. Le but du législateur a été d'empêcher les débiteurs d'engager trop facilement toute leur fortune, et de ne pas laisser accumuler plusieurs hypothèques sur le même immeuble, et de favoriser les effets de la publicité, comme nous venons de le dire.

4.° *Des obligations pour sûreté desquelles l'hypothèque peut être constituée.*

L'hypothèque suppose une obligation civilement valable; elle peut, du reste, être établie pour sûreté de toute espèce d'obligations. Ainsi, elle peut être attachée à une créance conditionnelle, dût même cette condition n'échoir que par une circonstance dépendant de la volonté du débiteur. Elle peut être établie comme sûreté d'un prêt à effectuer, d'un crédit ouvert, d'une lettre de change.

L'hypothèque, nous l'avons dit, est modifiée par la nature des obligations, dont elle est l'accessoire. Si l'obligation principale est pure et simple, l'hypothèque le sera aussi; si l'obligation est conditionnelle, la garantie le sera aussi.

Digitized by Google

Or, une obligation peut être à terme ou conditionnelle.

Par le terme, il n'y a que le payement seul de l'obligation retardé; l'hypothèque prendra date du jour où elle aura été consentie.

Les principales espèces de conditions sont : les conditions résolutoires et les conditions suspensives.

Les conditions résolutoires, comme il a été dit, mettant fin au contrat principal, atteignent aussi le contrat accessoire.

Les conditions suspensives ont pour effet de suspendre l'obligation.

Si la condition est arrivée, l'obligation se vérifie, et elle a effet rétroactif au jour de la convention. Si elle manque, l'obligation est censée n'avoir jamais existé.

Lorsque l'obligation et la condition sont pendantes, l'hypothèque qui garantit l'obligation peut être inscrite, puisque l'inscription n'est qu'un acte conservatoire. La condition arrivant, l'obligation rétroagit à l'époque de la convention, et l'inscription subsiste dans toute sa force.

La condition n'arrivant pas, l'obligation est censée n'avoir jamais existé, et par conséquent, le principal n'existant plus, l'accessoire s'éteint : *resoluto jure dantis resolvitur et jus accipientis.*

Mais l'application de ces principes n'est pas aussi simple qu'on pourrait le croire; elle se complique de la différence qu'il y a entre les conditions casuelles, potestatives et mixtes. La rétroactivité a lieu au jour de la convention pour les conditions casuelles ou qui dépendent de l'effet du hasard seul, et pour les conditions mixtes, c'est-à-dire, dépendant et du hasard et de la volonté de l'homme; pour une condition potestative, la rétroactivité fait courir l'obligation du jour de l'accomplissement de la condition.

L'hypothèque conventionnelle n'est valable qu'autant que la somme pour laquelle elle est consentie, est certaine et déterminée par l'acte. Si la créance résultant de l'obligation est conditionnelle pour son existence, ou indéterminée dans sa valeur, le créancier ne pourra requérir l'inscription dont il sera parlé ci-après, que jusqu'à con-

Digitized by Google

currence d'une valeur estimative par lui déclarée expressément, et que le débiteur aura droit de faire réduire, s'il y a lieu (art. 2132).

L'évaluation que fait le créancier de l'obligation indéterminée est définitive à l'égard des tiers, et ne peut être augmentée à leur préjudice. Elle est pour les tiers créanciers la mesure du crédit qu'ils peuvent accorder au possesseur de l'immeuble hypothéqué.

C'est pour cela que l'on voit souvent figurer dans le chiffre d'une inscription hypothécaire une ou deux années d'intérêt des sommes dues au créancier.

CHAPITRE II.

1.° *De l'inscription des hypothèques et du rang qu'elles ont entre elles.*

L'article 2134 du Code civil est ainsi conçu :

« Entre les créanciers l'hypothèque, soit légale, soit judiciaire, « soit conventionnelle, n'a de rang que du jour de l'inscription prise « par le créancier sur les registres du conservateur. »

La préférence des hypothèques s'établit donc par la priorité de l'inscription. C'est la conséquence du principe de publicité que notre article établit, car les registres du conservateur sont des registres publics. L'inscription ne fait pas l'hypothèque, elle la met en action ; ce n'est qu'une formalité extrinsèque, qui sert à assurer entre créanciers l'efficacité de l'hypothèque et son rang. Peu importe l'époque des contrats portant constitution d'hypothèque; la seule chose dont les créanciers tiennent compte, est la date de l'émission des inscriptions. L'inscription n'a pas été établie en vue du débiteur; car un créancier porteur d'un titre authentique peut faire exproprier son débiteur; il n'a pas besoin d'une hypothèque inscrite. Mais le défaut d'inscription serait opposé avec raison par les créanciers chirographaires à celui qui aurait négligé de se faire attribuer un droit de suite à l'égard des tiers.

Digitized by Google

Le créancier hypothécaire inscrit peut opposer le défaut d'inscription à celui qui serait porteur d'un titre constitutif d'hypothèque antérieur et non inscrit, même quand il aurait eu connaissance de l'existence de ce titre.

La déchéance de l'hypothèque non inscrite a lieu d'après le Code civil, non-seulement à l'égard des autres créanciers, mais encore à l'égard des tiers acquéreurs des biens hypothéqués; le droit de suite n'aurait ainsi plus lieu, le créancier ne pouvant s'inscrire sur un immeuble qui n'appartient plus à son débiteur. Ces principes, trop rigoureux et rendant trop précaire la position des créanciers hypothécaires, ont été modifiés par l'article 834 du Code de procédure, tel qu'il a été modifié par la loi du 2 juin 1841.

Les créanciers qui, ayant une hypothèque, auront négligé de faire inscrire leur titre antérieurement aux aliénations qui seront faites à l'avenir des immeubles hypothéqués, pourront encore procéder à cette inscription dans la quinzaine de la transcription de l'acte translatif de propriété.

L'inscription est soumise à des formes légales déterminées par la loi.

L'article 2134 soumet à l'inscription les hypothèques soit légales, soit judiciaires, soit conventionnelles. Il y a cependant des hypothèques légales qui existent indépendamment de toute inscription; ce sont celles des mineurs et interdits, et celles des femmes mariées. Ce n'est pas que la loi exempte tout à fait ces hypothèques d'inscription, mais le défaut d'inscription ne peut porter préjudice aux intérêts des incapables. De plus, quand elles sont inscrites, elles ne datent pas du jour de leur inscription. Nous allons voir à quelle époque elles prennent naissance.

L'hypothèque légale existe au profit des mineurs sur les immeubles appartenant à leur tuteur, à raison de sa gestion, du jour de l'acceptation de la tutelle; et au profit des femmes mariées, pour raison de leurs dot et conventions matrimoniales, sur les immeubles de leur mari et à compter du jour du mariage.

Digitized by Google

Ces deux hypothèques restent dispensées d'inscription après la dissolution de la tutelle et du mariage.

Les sommes dotales ne doivent avoir d'hypothèque légale, lorsqu'elles proviennent de successions ou donations, que du jour de l'ouverture de ces successions; car c'est seulement alors qu'il y a de la part du mari une administration qui peut faire le fondement de l'hypothèque.

Si la femme s'oblige conjointement avec son mari, ou si, de son consentement, elle a fait des aliénations d'immeubles, elle ne doit avoir hypothèque sur les biens du mari pour son indemnité que du jour de l'obligation et de la vente.

L'article 2135, en disant que l'hypothèque a lieu du jour du mariage, a voulu indiquer le jour du contrat de mariage; c'est ce dont il n'est pas permis de douter si on lit les articles 2194 et 2195, dont les termes sont plus explicites. Quand il n'y a pas de contrat, c'est du jour du mariage.

Les créances paraphernales ne donnent hypothèque que du jour où le mari a reçu les sommes, ou du jour où il s'en est emparé.

Les augmentations qui surviendraient à la dot de la femme sont paraphernales dans notre Code civil; elles donnent hypothèque du jour que nous avons déterminé. La femme peut perdre le rang de son hypothèque légale en y renonçant soit en faveur de son mari, soit en faveur d'un tiers. En faveur d'un tiers la femme peut renoncer à son hypothèque pour le tout, si elle est mariée sous le régime de la communauté; et lorsqu'elle est mariée sous le régime dotal, pour une partie, en tant qu'il n'en résulte pas de préjudice pour sa dot.

En faveur du mari le Droit romain et le Droit intermédiaire ne donnent la faculté à la femme de renoncer qu'autant que les biens du mari sont suffisants pour répondre de la dot et des conventions matrimoniales. Le Code civil a admis les mêmes principes.

Par contrat de mariage une femme ne peut, en aucune manière,

Digitized by Google

renoncer pour le tout à son hypothèque légale. Dans la discussion du Code civil au Conseil d'État, cette faculté vivement réclamée ne fut pas admise, parce que l'on craignit qu'elle ne devînt de style dans les contrats. Mais dans le contrat de mariage les parties majeures peuvent convenir qu'il ne sera pris d'inscription que sur un ou certains meubles du mari; les immeubles qui ne seraient pas indiqués dans l'inscription resteront libres et affranchis de l'hypothèque pour la dot de la femme et pour les reprises et conventions matrimoniales (2140). Cette limitation ne fait perdre à l'hypothèque aucun de ses droits, et elle grève moins les spéculations que pourrait faire le mari. Il en serait de même pour les immeubles du tuteur, lorsque les parents, en conseil de famille, auront été d'avis qu'il ne soit pris inscription que sur certains immeubles.

Les rédacteurs du Code civil ont préféré, comme nous le voyons, la sûreté des mineurs et des femmes mariées à celle des prêteurs et autres créanciers. C'est dans ce dessein qu'ils ont laissé subsister des hypothèques occultes. Pour remédier aux inconvénients de ce système, ils ont prescrit des mesures pour l'inscription de ces hypothèques. C'est ce que nous allons examiner.

La loi a voulu que les maris et les tuteurs fissent connaître par la voie de l'inscription les hypothèques légales qui grèvent leurs biens. Elle exige qu'ils requièrent ces inscriptions sans aucun délai. Si les tuteurs et maris ont omis de prendre ces inscriptions et qu'ils consentent ensuite des hypothèques sur leurs biens, sans déclarer expressément les hypothèques légales dont ils sont grevés, ils sont réputés stellionataires et comme tels contraignables par corps.

Les subrogés tuteurs sont tenus, sous leur responsabilité personnelle et sous peine de tous dommages et intérêts envers les tiers, de veiller à ce que les inscriptions soient prises sans délai sur les biens du tuteur, pour raison de sa gestion; même il leur est enjoint de faire les inscriptions. A défaut par les maris, tuteurs et subrogés tuteurs d'exécuter ces dispositions de la loi, les inscriptions seront requises

Digitized by Google

par le procureur du Roi près le tribunal de première instance du domicile des maris et tuteurs, ou du lieu de la situation des biens. Les parents soit du mari, soit de la femme, ceux des mineurs ou leurs amis, pourront requérir lesdites inscriptions. Les incapables eux-mêmes seront recevables à le faire.

2.° *Restriction de l'hypothèque légale des femmes, des mineurs et des interdits.*

Nous avons déjà vu qu'à l'époque du contrat de mariage les parties majeures pouvaient spécialiser l'hypothèque générale qui frappe les biens du mari, et que cela était possible aussi à l'égard des biens du tuteur.

Mais on peut encore arriver à ce résultat pendant le mariage et pendant la tutelle. Puisque l'on peut convenir qu'il ne sera pris d'inscription que sur un ou certains immeubles, cas dans lequel les autres immeubles du mari sont affranchis de l'hypothèque, ce qui s'entend même aussi des immeubles futurs; par la même raison, l'on peut convenir qu'il ne sera point pris d'inscription sur tels ou tels immeubles, pour lesquels le mari se réserve la faculté de vendre, et dans ce cas l'hypothèque subsiste sur tous les autres immeubles présents du mari et affectera aussi ses immeubles futurs.

Lorsque la restriction a été faite dans les termes de la loi, les personnes chargées de prendre hypothèque ne seront tenues de requérir inscription que sur les immeubles indiqués.

Lorsque l'hypothèque générale n'aura pas été restreinte par l'acte de nomination du tuteur, celui-ci pourra, dans les cas où l'hypothèque générale sur les immeubles excéderait notoirement les sûretés suffisantes pour sa gestion, demander que cette hypothèque soit restreinte aux immeubles suffisants pour opérer une pleine garantie en faveur du mineur. La demande doit être dirigée contre le subrogé tuteur, qui est chargé de représenter le mineur et de défendre ses

Digitized by Google

intérêts lorsqu'ils sont en opposition avec ceux du tuteur. La loi a du reste entouré la fortune du mineur de toutes les garanties possibles. Ainsi, le conseil de famille doit d'abord se réunir et donner son avis sur l'opportunité de la demande formée par le tuteur. Ensuite le tuteur doit introduire sa demande en justice contre le subrogé tuteur. La cause étant mise en état, le tribunal ne prononce qu'après avoir entendu un nouveau contradicteur, que la loi donne au tuteur, le ministère public.

Le mari pourra pareillement, après avoir pris l'avis de quatre des plus proches parents de sa femme, réunis en assemblée de famille, et avec le consentement de celle-ci, demander que l'hypothèque générale sur tous les immeubles, pour raison de la dot, des reprises et conventions matrimoniales, soit restreinte aux immeubles suffisants pour la conservation entière des droits de la femme.

L'avis des quatre parents peut n'être pas favorable, mais l'assentiment de la femme est nécessaire.

Les jugements sur les demandes des maris et des tuteurs ne seront rendus qu'après avoir entendu le procureur du Roi et contradictoirement avec lui. Ce n'est pas une simple homologation que donne le tribunal; il juge une contestation et n'est pas tenu de se ranger à l'avis du subrogé tuteur ou des parents.

Lorsque le tribunal prononce la réduction, l'hypothèque superposée sur les biens affranchis disparaît, et l'inscription qui la rendait publique est rayée.

Si dans le cas de réduction de l'hypothèque les immeubles affectés venaient à être gravement détériorés de manière à ne plus présenter des garanties suffisantes pour la fortune des incapables, la femme ou le subrogé tuteur seraient bien fondés à demander un supplément d'hypothèque, comme on pourrait le faire pour une hypothèque conventionnelle (2131).

Digitized by Google

JUS ROMANUM.

De pignoribus et hypothecis.

Pignus quid sit?

Pignus appellatur à *pugno*, quia res quæ pignori dantur manu traduntur, undè etiam videri potest quod quidam putant pignus propriè rei mobilis constitui.

Secunda est definitio, ut pignus sit omnis res pro debito obligata, quamvis autem pignus à pugno dicatur non exindè tamen aufertur ut pignus non consistat, nisi in his rebus, quæ manu capi possunt, id est, in bonis mobilibus, quin etiam immobilibus contrahatur.

Hypotheca quid sit?

Hoc verbum, hypotheca, componitur ex duabus notis græcis, quarum prima *sub*, altera *ponere* significat.

Pignoris appellatione eam propriè rem contineri dicimus, quæ simul etiam traditur creditori, maximè si mobilis sit; at eam quæ sine traditione nudâ conventione tenetur, propriè hypothecæ appellatione contineri dicimus. (L. 9, §. 2. D. de pignor. et act., §. 7, I. de act.)

Inter pignus autem et hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam attinet, nihil interest; nam de quâ re inter creditorem et debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utrâque hâc

Digitized by Google

appellation continetur. (§. 7, I. de act.; L. 5, §. 1, Dig. de pign. et hypoth.; L. 13, §. 1; L. 16, §. 6.)

Sic inter pignus et hypothecam nulla est quoad actionem distinctio; respectu præscriptionis tamen diversificantur, nam hypothecaria actio præscribitur spatio temporis; actio autem ista quæ pro pignore præstatur, non præscribitur, quia possidetur à creditore, non verò à debitore pignus.

Hypotheca non est pars domini quæ fundatur in debito.

Hypothecæ et pignoris jus est cessibile et vendibile, undè cessionarius ea omnia poterit quæ poterat cedens, quia per cessionem crediti et juris principalis censetur cessum jus pignoris et hypothecæ; sine autem principali obligatione cedi non potest hypotheca.

Actio hypothecaria differt à personali :

Personalis denominatur tùm ex parte creditoris, tùm debitoris, quia procedit ab obligationibus ex contractu proficiscentibus et dicitur affixa ossibus creditoris et eum sequitur, et transit universali successori, non particulari.

Hypothecaria actio est jus quod in re constituitur, id est, in bonis ipsius tantùm debitoris. Quæ ideò est infixa bonis, ità ut sit inseparabilis transiens ad successores quoscumque bonorumque possessores et dicitur jus afficiens, quia res semper transire debet cum suâ causâ.

Infertur propterea ex suprà dictis creditori adversùs debitorem duplicem actionem competere, personalem et realem, quia hypothecaria est accessoria in actione personali.

Res hypothecæ dari posse sciendum est pro quâcumque obligatione, vel pro civili obligatione, vel honorariâ, vel tantùm naturali. (L. 14, §. 1. D. de pignor. et hypoth.; L. 13, pr. D. de cond. ind.; L. 101, §. 1. D. de salut.)

Sed si jure civili nulla obligatio declaratur, non valida est pignoris constitutio.

Hypothecæ et pignoris nonnullæ sunt species :

Digitized by Google

Prima est conventionalis, quæ ex pacto et partium conventione expressa producitur, et ista prima species in specialem et generalem distinguitur.

Secunda est tacita, quæ legalis dicitur, inducitur enim à lege vel statuto.

Tertia est prætoria, quæ inducitur contra reum immissum ob contumaciam.

Quarta est judicialis, cum præcedente sententiâ definitivâ in causam judicati capitur pignus.

Prima species hypothecæ conventionalis in specie fit, quandò res particularis et certa obligatur, quandò non est indefinita et indeterminata, bonorum omnium præsentium atque futurorum, sed terminata pro certis bonis.

Specialis hypotheca contracta dicitur, quandò dixit debitor se obligare bona omnia et singula, præsentia et futura.

Generalis autem hypotheca expressa et conventionalis est, quandò certa res vel res certæ et determinatæ non obligantur, sed vel simpliciter bona vel omnia bona.

Inter duas species differentia est: qui innititur speciali hypothecâ debet docere, quod res esset in dominio debitoris de tempore obligationis, quia autem generalis ad omnia refertur hoc etiàm probandum non est; minùs specialis afficit quam generalis: in speciali non veniunt bona futura, in generali autem bona veniunt omnia, tàm præsentia quam futura.

Secunda principalis species hypothecæ est, quæ à lege inducitur super bona debitoris, et dicitur tacita, quia absque expressis contrahentium pactionibus inducitur.

Expressa verò dicitur respectu legis et statuti in quo inducitur, et sicuti expressa hypotheca habet locum pro bonis tàm præsentibus quàm futuris ità et tacita.

Tertia species est hypotheca vel pignus prætorium, quod constituitur ex contumaciâ debitoris nulla præcedente sententiâ. Differt

Digitized by Google

à conventionali, quia illud potest constitui sine possessionis traditione, hoc verò nequaquàm.

Ut bona comprehendantur hypothecâ, sufficit quod ea bona in dominium debitoris semel pervenerint licet posteà debitor desiniat dominium eorum habere. Bona semel affecta transeunt in tertium possessorem cum suâ causâ.

Ad firmandam hypothecam nulla est requisita forma nec traditio, solo consensu elicitur. Per epistolam potest contractus iniri et per aliamcumque privatam scripturam.

1.° *Quæ veniant in hypothecâ?*

Hypotheca potest constitui tàm super bonis præsentibus, quàm super futuris. Et procedit eadem conclusio, si debitor etiàm nulla bona habeat de præsenti; quarè sufficiet probare quòd aliquo tempore bona fuerint possessa à debitore. In speciali autem hypothecâ regula contraria danda est, ut res quæ debitoris non est, subjici hypothecæ non possit, quia res aliena nondum acquisita à debitore obligari non potest.

Dari possunt hypothecæ tàm corporales quàm incorporales res et quæ non sunt, ut fructus pendentes, partus ancillæ, fœtus pecorum et ea quæ nascuntur.

Ex rebus incorporalibus subjici possunt hypothecæ:

1.° Nomina;

2.° Ususfructus, sive dominus proprietatis convenerit, sive ille qui solum usufructum habet;

3.° Servitutes viæ, itineris actus, aquæductus, sed sub conditione ut eis creditor utatur, scilicet si vicinum fundum habeat;

4.° Militiæ quæ vendi vel ad hæredes sub certâ definitione transmitti possunt, licet creditoribus jure hypothecæ vindicare.

Res sunt quæ non commercio surripiuntur de illis tamen prohibitur nexus hypothecæ; tales sunt:

Digitized by Google

1.° Res quarum sive lex alienationem inhibuerit, sive testator hoc fecerit, sive pactio contrahentium hoc admiserit, exempli gratiâ : fundus dotalis, qui antè nuptias non æstimatus fuit, vel litigiosæ res, vel bona filiifamiliâs quorum pater administrationem suscepit;

2.° Spes eorum præmiorum quæ pro coronis athletis pensitanda sunt;

3.° Pignorum gratiâ quod ad culturam agri pertinet, id est servi, aratores, boves aut instrumenta aratoria auferri non convenit.

Et in re alienâ nunquàm hypothecam consistere sciendum est, præter in exceptis casibus, qui sunt :

Primò, quandò creditor de tempore obligationis ignorabat rem esse alienam, quià ad dominium debitoris tenet obligatio et effectus est quod si posteà veniat in dominium debitoris, datur actio creditori ad eam vindicandam ex actione utili hypothecariâ;

Secundus casus est, quandò creditor possidere posteà reperitur rem alienam à suo debitore hypothecatam, ratione enim possessionis quæritur sibi jus retentionis, quamvis cesset sibi jus actionis;

Tertius est casus quandò, superveniente dominio, ipse debitor declararet, rem affectam hypothecæ;

Quartus casus est, quandò debitori res aliena hypothecata debita est;

Quintus casus est, quandò hypothecatur res aliena sub conditione, cùm debitoris fuerit.

Res sacræ non possunt hypothecari.

Bona fidei commisso subjecta non possunt hypothecari, quandò à testatore est prohibita alienatio.

Alienationis prohibitio extenditur ad omnem actum ex quo pervenit ad alienationem.

Alienari prohibita non veniunt in generali obligatione — contrà omnia quæ possunt alienari possunt hypothecari.

Digitized by Google

2.° *Ex quibus causis nascitur hypotheca?*

Jus pignoris oritur:

1.° Vel ex voluntate domini (pignus voluntarium);

2.° Vel contra suam voluntatem (pignus necessarium).

1.ª Voluntarium pignus vel ex conventionibus et pactis hominum nascitur (conventionale pignus);

1.ᵇ Vel ex justâ declaratione ultimæ voluntatis (pignus testamentarium).

Pignus necessarium datur:

2.ª Vel jussu magistratûs sive per missionem in bona vel in possessionem (prætorium pignus), sive per pignoris capionem (in causâ judicati pignus captum);

2.ᵇ Vel per legis dispositionem, et res pignori esse creduntur quasi id tacitè convenerit.

Pignus voluntarium.

Ex duobus generis pignoris voluntarii, conventionale in aliquis legibus invenitur et altius est quam testamentarium.

Jure antiquo conventionalis hypothecæ constitutio variis constitit formis, quæ erant, mancipatio, in jure cessio fiduciæ causâ, id est, debitor cum creditore contrahit de re suâ illi solemniter transferendâ et sub eo stipulatur quod tantum pecuniâ solutâ rem pignoratam debitori retrocedat.

Sic proprietas ex jure quiritium creditori transfertur ad tempus; sæpè demùm competit, si neque conduxerit eam rem à creditore debitor, neque precariò rogaverit, ut eam rem possidere liceret. Qui fiduciam accepit mancipanti rem remancipat.

Seriùs duo genera oriuntur pignoris constituendi, quæ differunt ex cæteris eo quod rei possessionem non consequitur creditor. Cæte-

Digitized by Google

rùm dominium penes debitorem est, ità ut jus creditori concessum sit, nominis tuendi gratiâ.

Hæc genera sunt contractus pignoratitius et pactum hypothecæ.

Sæpè alienare poterat creditor pignus *ex pactione*, quamvis ejus eà res non sit, sed hoc forsitan ideò videatur fieri, quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur.

In novo jure etsi de distrahendo pignore non magis convenerit et venditio valebat.

Imò lex stipulationem non prohibebat rem creditoris fore, si certo tempore debitum non solutum esset.

3.° *Pro quâ obligatione possit pignus contrahi, et quandò possit?*

Res hypothecæ dari posse sciendum est pro quâcumque obligatione; sive mutua pecunia detur, sive dos, sive emptio vel venditio contrahatur, vel etiam locatio conductio vel mandatum.

Et sive pura est obligatio vel in diem, vel sub conditione.

Et sive in præsenti contractu, sive etiàm præcedat, sed et futuræ obligationis nomine dari possunt.

Sed et non solvendæ omnis pecuniæ causâ verùm etiam de parte ejus.

Et vel pro civili obligatione, vel honorariâ, vel tantùm naturali.

Circà obligationem conditionalem, nota quod statìm subjicitur: sed in conditionali obligatione non aliàs obligamur, nisi conditio extiterit.

Circà naturalem autem, generaliter ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constat.

Sed an pignus constitui poterit pro eâ obligatione naturali quam jus civile improbare videtur, quales sunt, obligatio mulieris contrà senatusconsultum intercedentis, et filiifamilias mutuam pecuniam accipientis? Eâ de re dicit Gajus: Si alius pro muliere quæ inter-

Digitized by Google

cessit, dederit hypothecam, aut pro filiofamiliâs cui contrà senatusconsultum creditum est, an his succurritur, quæritur?

Et in eo quidem qui pro mulieri obligavit rem suam, faciliùs dicetur succurri ei; sicuti fidejussori hujus mulieris eadem datur exceptio. Sed et in eo qui pro filiofamiliâs rem suam obligavit, eadem dicenda erint quæ tractantur et in fidejussore ejus.

Non tantùm ob pecuniam sed ed ob aliam causam pignus dari potest; veluti si quis pignus alieni dederit ut pro se fide jubebat.

Denique dare quis hypothecam potest, sive pro suâ obligatione, sive pro alienâ. Illud patet quòd si nulla obligatio subsit, pignus non consistat.

4.° *Qui hypothecam contrahere possunt?*

Nexum non facit prædiorum in pactis nisi persona quæ jure potuit obligare, id est cui res obligata pertinet.

Sic intelligimus res quæ dominii nostri sunt et ea quæ jure aliquo possidemus quamvis non sint dominii nostri. Pertinere etiam ad nos ea dicimus, quæ in nullâ eorum causâ sunt sed esse possunt. (L. 181, D. de verb. signif.)

Hi quidem ad quos res pertinet, eam obligare possunt; sed ità et quâtenus de rebus suis disponendi facultatem habent. Hinc pupillus sine tutoris auctoritate hypothecam dare non potest.

Quid si pro futurâ obligatione pignus datum fuerit, eo tempore inspicietur, quo contracta fuerit obligatio, quùm non prius intelligatur contractum pignus.

Cum quis id quod futurum est pignori dat, opportet eo tempore quo contractum est ad ipsum pertinuisse rem ex quâ id nasci sperabatur. Hæc regula tamen exceptionem patitur, si eam det pignori in eum casum quo ipsius futura sit (L. 16, p. 7, ad formul. hypoth.). Sed et cum jure contrahitur, ità demùm necesse est, rem ipso tempore quo pignus contrahitur, pertinere ad eum qui pignori dat, si

Digitized by Google

speciale pignus contrahatur. Cæterùm conventio generalis in pignore dando, bonorum vel posteà quæsitorum recepta est.

Vidimus eos ad quos res pertinet, eam pignori dare posse. His adjungendi sunt qui jus habent ejus administrandæ. Hi enim possunt ex his causis quæ fines ipsorum administrationis non egrediuntur eam rem pignori dare.

Hinc, si is qui bona reipublicæ jure administrat, mutuam pecuniam pro eâ accipiat, potest rem ejus obligare. Sed si procurator meus, vel tutor rem pignori dederit, ipse agere pignoratitiâ poterit.

Quod tamen in procuratore ità procedit, si mandato fuerit pignori dare; vel universorum bonorum administratio ei permissa est, àb eo qui sub pignoribus solebat mutuas pecunias accipere.

Alius autem procurator citrà domini voluntatem domum pignori frustrà dedit. Si tamen pecuniam creditoris in rem domini versam constabit, non inutilis erit exceptio.

Imò et servus rem peculiarem si pignori dederit tuendum est, si liberam peculii administrationem habuit, nàm et alienare eas res potuit.

Eadem et de filiofamiliâs dicta intelligimus.

Curator adulti vel tutor pupilli propriam rem mobilem ejus cujus negotia tuetur pignoris jure obligare non potest, nisi in rem ejus pecuniam mutuam accipiat.

Is autem non potest rem pignori dare ad quem res nullatenùs pertinet, nisi consensus accedat ejus ad quem res pertinet, et hæc voluntas etiam ex intervallo utiliter accedit.

Pariter nec per socium meum pars mea obligari potest. Sed si posteà rei dominium ei supervenerit ex causâ quæ jàm existabat, eo tempore quo rem hypothecæ dedit, retrotrahitur dominium ad tempus quo pignus constitutum est, confirmaturque pignus.

Sic ait Paulus : Rem alienam pignori dedisti, deindè dominus rei ejus esse cœpisti, datur utilis actio pignoratitia creditori.

Digitized by Google

Datur quidem utilis hypothecaria creditori, qui deceptus est et ignorabat alienam esse rem quæ ipsi pignori dabatur.

5.° *De hypothecâ tacitè contractâ.*

Si quis pro eo quod ex causâ transactionis promittebatur, pignus dedit, tacitè quoque illud obligâsse intelligetur pro vetere contractu, si transactioni non stetur.

In duas species dividuntur hypothecæ tacitè contractæ, quæ sunt speciales et generales.

Speciales sunt :

1.° Tacitum pignus quod locator prædiorum urbanorum habet in invectis et illatis. Inducta accipe de rebus se moventibus, nimirum animalibus, et mancipiis, illata de rebus inanimis;

2.° In prædiis rusticis fructus qui ibi nascuntur tacitè intelliguntur pignori esse domino fundi locati, etiam si nominatim id non convenerit, sed non in invectis et illatis.

Notandum hoc tacitum pignus obtinuisse duntaxat in ædibus utræquæ Romæ aut in earum territorio. Hoc jus autem Justinianus et ad provincias porrigi voluit.

Videndum est tamen ne omnia illata, sed ea sola quæ inducta fuerint, pignori sint;

3.° Senatusconsulto quod sub Marco imperatore factum est, pignus insulæ, creditori datum qui pecuniam ob restitutionem ædificii extruendi mutuam dedit ad eum quoque pertinebit, qui redemptori domino mandante, nummos ministravit;

4.° Habent quoque pupilli jus taciti pignoris in rebus quæ ex ipsorum pecuniâ emptæ sunt;

5.° Uxoribus tacita datur hypotheca pro restitutione dotis in bonis viri;

6.° Item ex constitutione Justiniani legatariis et fideicommissariis in bonis defuncti.

Digitized by Google

Generales dantur hypothecæ ut infrà dictum est:

1.° Fisco in bonis creditorum suorum, præcipuè propter publicas pensitationes;

2.° Pro officio administrationis tutoris vel curatoris bona tanquàm pignoris titulo obligata, minores sibimet vindicare minimè prohibentur. Idem est et si tutor vel curator quis constitutus res minorum non administraverit.

Cùm mater quæ liberorum suorum tutelam susceperit, ad secundas nuptias transit, nec petit tutorem liberis suis, bona mariti ejus tacite obligantur ratiociniis tutelæ.

3.° Tacitè quoque bona patris sunt obligata liberis quos in potestate habet pro conservatione bonorum materni generis quæ ad ipsos pertinent.

4.° Ut plenius dotibus subveniatur, tacitas hypothecas inesse accipitur ex utroque latere, sive ex parte mariti pro restitutione dotis promissæ, sive ex parte mulieris pro ipsâ dote præstandâ, vel rebus dotalibus evictis.

6.° *Quale jus pignus creditori tribuat?*

In re pignoratâ jus concessum est rei possidendæ atque etiam distrahendæ.

Quidquid pignori commodi vel incommodi fortuitò accessit, id ad debitorem pertinet. Hinc sequitur quòd rei pignoratæ dominium, salvâ tamen pignoris causâ, ad quemvis debitor transferre potest.

Res pignorata pignori data *sub pignus* appellatur et rectè constitui potest.

De quæstione qui potiores in pignore habeantur respondetur a duabus vulgatissimis regulis:

Prima est: qui prior tempore, prior jure;

Altera: qui concurrunt tempore, concurrunt jure.

Digitized by Google

Generales sunt hæ regulæ exceptis tamen casibus in quibus cum privilegiis concurritur; et si quis jus pignoris vel hypothecæ instrumentis publicè confectis nititur, præponi decernitur etiamsi posterior si contineatur nisi fortè probatæ atque integræ opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones eisdem *idiochiris* contineantur; tunc enim quasi publicè confecta accipiuntur.

Si à diversis non dominis pignus accipitur, possessor melior sit.

Digitized by Google

INSTRUCTION CRIMINELLE.

Des Contumaces.

(Articles 465 — 478).

1.° *Instruction de la contumace.*

On nomme contumax ou contumace, en matière criminelle, celui qui, étant accusé d'un crime, s'est soustrait aux poursuites de la justice ou a refusé de lui obéir, en ne se présentant pas dans les dix jours de la notification faite à son domicile de l'arrêt de mise en accusation rendu par l'une des chambres de la cour royale. L'instruction faite et l'arrêt rendu en l'absence de l'accusé, se nomment arrêt par contumace, instruction par contumace. Lorsqu'un accusé est en état de contumace, la loi veut d'abord que cet état soit officiellement et légalement constaté.

Dans ce but le président de la cour d'assises, ou, en son absence le président du tribunal de première instance, et à défaut de l'un et de l'autre, le plus ancien juge de ce tribunal, rendra une ordonnance contenant mention du crime commis et ordonnance de prise de corps, portant que l'accusé sera tenu de se représenter dans un délai de dix jours, sinon, qu'il sera déclaré rebelle à la loi; qu'il sera suspendu de l'exercice des droits de citoyen, c'est-à-dire, des droits politiques; qu'il lui sera interdit, par exemple, de voter dans les élections des députés ou des autres corps éligibles; que ses biens

Digitized by Google

seront séquestrés, c'est-à-dire mis sous la main de la justice, qui aura à pourvoir à leur administration pendant l'instruction de la contumace; que toute action en justice lui sera interdite pendant le même temps en demandant, car on peut toujours diriger une action contre lui; qu'il sera procédé contre lui, et que toute personne sera tenue d'indiquer le lieu où il se trouve.

L'ordonnance de comparaître doit être signifiée au domicile de l'accusé, et s'il n'a pas de domicile connu, la signification doit être faite au lieu de sa résidence actuelle; ou enfin, à défaut de résidence, l'exploit est affiché à la porte de l'auditoire du tribunal où la poursuite est exercée, et une copie est donnée au procureur du Roi, qui vise l'original (art. 69, n.° 8, du Cod. de proc.).

Voilà pour la signification.

Mais afin de ne négliger aucun moyen de faire connaître à l'accusé les poursuites dont il est l'objet, l'ordonnance doit être publiée à son de trompe ou de caisse le dimanche suivant et affichée à la porte du domicile de l'accusé, à celle du maire et à celle de l'auditoire de la cour d'assises. Toutes ces formalités sont d'ordre public et substantielles. Aussi, pour justifier de leur accomplissement, il faut qu'il soit dressé procès-verbal de tout ce qui a été fait (art. 68 et 69 du Cod. de proc.).

Les formalités de la signification et celle de la publication constituent quelquefois un double emploi; aussi la loi n'exige pas que la notification de l'ordonnance à l'accusé soit faite par un acte distinct et séparé de celui qui constate la publication et l'affiche (arr. cass., 2 avril 1836).

Le procureur général ou son substitut adressera aussi l'ordonnance en copie au directeur des domaines et droits d'enregistrement du domicile du contumax, afin qu'il puisse remplir les formalités qui concernent le séquestre des biens.

Digitized by Google

2.° *Jugement.*

Dix jours après la publication de l'ordonnance il sera procédé au jugement de la contumace par la cour d'assises, sans assistance de jurés.

Le droit de défense est notablement modifié à l'égard de l'accusé contumax. L'article 468 porte, qu'aucun conseil, aucun avoué ne peut se présenter pour le défendre. La loi regarde la comparution des accusés en personne comme étant d'ordre public, parce que la conviction des jurés ne doit se former qu'en leur présence et à la suite de leurs interrogatoires.

Cependant la rigueur de la loi ne va pas jusqu'à priver le contumax de tout moyen de justification; elle n'admet aucun défenseur à se présenter pour lui; elle autorise seulement ses parents ou ses amis à plaider la légitimité de l'excuse résultant de son absence du territoire européen de la France, ou son impossibilité absolue de se présenter. Toute défense au fond est interdite au contumace, par conséquent il ne pourrait être admis à demander son renvoi devant un autre tribunal pour cause de suspicion légitime avant de se présenter; mais il lui serait permis de faire plaider des moyens préjudiciels, tels que la prescription ou une incompétence, *ratione materiæ;* moyens qui ne laissent aucun prétexte à l'accusation. Si la cour trouve l'excuse légitime, elle ordonnera qu'il sera sursis au jugement de l'accusé et au séquestre de ses biens pendant un temps qui sera fixé, eu égard à la nature de l'excuse et à la distance des lieux.

Hors ce cas, il sera procédé de suite à la lecture de l'arrêt de renvoi à la cour d'assises, de l'acte de notification de l'ordonnance ayant pour objet la représentation du contumax et des procès-verbaux dressés pour en constater la publication et l'affiche. Du reste, l'examen et le jugement se font comme à l'ordinaire, mais sans en-

Digitized by Google

tendre les témoins de nouveau à l'audience; on donne seulement lecture des interrogatoires déjà faits; ensuite la cour, sur les conclusions du procureur général ou de son substitut, prononcera sur la contumace. Si l'instruction n'est pas conforme à la loi, la cour la déclarera nulle, et ordonnera qu'elle sera recommencée à partir du plus ancien acte illégal. Si l'instruction est régulière, la cour prononcera sur l'accusation et statuera sur les intérêts civils, toujours sans assistance ni intervention de jurés.

La contumace seule n'autorise pas la condamnation, et s'il ne se trouve pas de preuves de culpabilité, il doit y avoir acquittement; mais dans ce dernier cas même l'accusé doit supporter les dépens causés par sa contumace.

S'il y a condamnation, un extrait du jugement est affiché par l'exécuteur des jugements criminels à un poteau sur l'une des places publiques du chef-lieu de l'arrondissement où le crime a été commis, ou dans tout autre lieu que la cour indiquera. Pareil extrait sera, dans le délai de trois jours, adressé au directeur des domaines et droits d'enregistrement.

Si la mort du contumax était survenue avant la condamnation, les héritiers seraient admis à demander à la cour d'assises de rapporter le jugement; mais le contumax ne pourrait se pourvoir en cassation contre le jugement. Cette voie n'est accordée qu'à la partie civile et au ministère public. En aucun cas la contumace d'un accusé ne suspendra ni retardera de plein droit l'instruction à l'égard des coaccusés présents. La cour pourra ordonner, après le jugement de ceux-ci, la remise des effets déposés au greffe comme pièces de conviction, lorsqu'ils seront réclamés par les propriétaires ou ayants droit. Elle pourra aussi ne l'ordonner qu'à charge de les représenter, s'il y a lieu. Cette remise sera précédée d'un procès-verbal de description dressé par le greffier, à peine de cent francs d'amende.

Digitized by Google

3.° *Effets du jugement.*

L'ordonnance judiciaire rendue pour ordonner au contumace de se représenter porte, qu'il sera suspendu de l'exercice des droits de citoyen, que ses biens seront séquestrés pendant l'instruction, et que toute action en justice lui est interdite pendant le même temps.

Si le contumax est condamné, ses biens seront, à partir de l'exécution de l'arrêt, considérés et régis comme biens d'absent, et le compte du séquestre sera rendu à qui il appartiendra, c'est-à-dire, aux héritiers du condamné. C'est la régie de l'enregistrement et des domaines qui est chargée d'apposer le séquestre. Combien de temps doit durer ce séquestre? C'est une question sur laquelle les auteurs ne sont pas d'accord. Nous croyons que les biens doivent être régis suivant le sens strict de l'article 471 comme les biens d'un absent, c'est-à-dire, qu'aussitôt après le jugement qui prononce la contumace, les héritiers du condamné pourront se faire envoyer en possession provisoire et se feront rendre le compte du séquestre. Il n'est pas facile de se rendre compte des motifs qui ont porté quelques auteurs à croire que cette demande des héritiers ne pouvait être formée que cinq ans après le jugement. En effet, les termes de l'article 471 sont les suivants : «Si le contumax est condamné, etc.» Et la condamnation dont il s'agit ne peut être prise que pour celle qui est prononcée textuellement dans le jugement, et non pour cette même condamnation devenue définitive après l'expiration du délai de cinq ans. L'article 471 est la conséquence trop immédiate de l'article 470 pour qu'il soit permis de croire que le législateur a voulu laisser s'écouler un intervalle aussi long entre deux actes qui doivent se suivre immédiatement : le jugement et l'envoi en possession.

Les fruits échus pendant le séquestre reviennent aux héritiers, et la régie n'a que le droit de prélever les frais d'administration.

Digitized by Google

Le contumax conserve la libre disposition de ses biens, tant qu'il n'a pas encore encouru la mort civile. La loi l'assimile à un absent, dont la capacité reste entière, quoiqu'il soit suspendu des droits de citoyen. Les effets de la contumace cessent, 1.° si dans les cinq ans le contumax est représenté volontairement ou forcément à ses juges.

Dans le premier cas le jugement est anéanti de plein droit; le contumax est remis en jugement, et s'il encourt la mort civile, ce n'est qu'à dater de l'exécution du nouveau jugement;

2.° Par la mort du contumax, et alors il meurt dans la plénitude de ses droits, *integri status*.

Sous le Code de brumaire an IV, les actes passés de bonne foi par les tiers avec un individu condamné par contumace à une peine afflictive et infamante, mais qui n'entraînait pas mort civile, ne pouvaient être attaqués par ses créanciers; mais une vente consentie par un individu poursuivi par contumace, pourrait être réputée frauduleuse, comme n'ayant eu d'autre but que de soustraire ses biens au séquestre.

Durant le séquestre il peut être accordé des secours à la femme, aux enfants, au père ou à la mère de l'accusé, s'ils en ont besoin. Ces secours seront réglés dans la forme administrative, c'est-à-dire par le préfet en conseil de préfecture.

4.° *Effets de la représentation du condamné.*

Si l'accusé se constitue prisonnier, ou s'il est arrêté avant que la peine soit éteinte par prescription, c'est-à-dire si vingt ans ne sont écoulés, à partir de l'arrêt de condamnation en matière criminelle, cinq ans en matière correctionnelle, et deux ans en matière de simple police, le jugement est rendu par contumace, et les procédures faites contre lui depuis l'ordonnance de prise de corps ou de se représenter, seront anéanties de plein droit, et il sera procédé, à son égard, dans la forme ordinaire.

Digitized by Google

Cela s'applique à l'ordonnance de prise de corps, rendue complète et exécutoire par la mise en accusation, et non à l'ordonnance de prise de corps provisoire décernée par la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement. En conséquence l'arrestation du contumax n'anéantit ni l'acte d'accusation ni l'arrêt de mise en accusation, quoique postérieurs à l'ordonnance de prise de corps.

L'arrestation du contumax faisant tomber de plein droit le jugement de condamnation, l'affaire doit être soumise à un examen, et cette disposition d'ordre public ne peut être dispensée d'exécution par l'acquiescement du condamné au jugement rendu par contumace.

Toutes les circonstances du jugement premier doivent être soumises à un nouvel examen, et même si, pour quelque cause que ce soit, les accusés ne pouvaient être produits aux débats, leurs dépositions écrites et les réponses écrites des autres accusés du même délit seront lues à l'audience.

Si la condamnation par contumace eût été de nature à emporter la mort civile, et si l'accusé n'a été arrêté ou ne s'est représenté qu'après les cinq ans qui ont suivi l'exécution du jugement par contumace, ce jugement, conformément à l'article 30 du Code civil, conserve, pour le passé, les effets que la mort civile aurait produits dans l'intervalle écoulé depuis l'expiration des cinq ans jusqu'au jour de la comparution de l'accusé en justice.

De cela il résulte que, quand le contumax se représente avant l'expiration des cinq ans, les envoyés en possession provisoire seront tenus des obligations déterminées par les articles 125, 126, 127 du Code civil, et notamment de la restitution du cinquième des revenus.

Si le contumax a été condamné à une peine emportant mort civile, et qu'il reparaisse après l'écoulement des cinq ans, il n'a pas droit à la répétition des fruits; car sa succession était ouverte à l'expiration du délai (art. 25 du Cod. civ.).

FIN.

Digitized by Google

Digitized by Google

16

DISSERTATIO INAUGURALIS

DE

FIDEIUSSORE OB CREDITORIS IN EXIGENDO NEGLIGENTIAM LIBERATO

PARSONS LIBRARY University of MICHIGAN

AUCTORE

CAROLO ERNESTO THIBAUT

J. U. D.

HEIDELBERGAE

IMPRESSIT AUGUSTUS OSSWALD

MDCCCXXIX.

25

Digitized by Google

Quaestio: Utrum fideiussor, si debitor, creditore in exigendo negligente, conturbaverit, liberetur nec ne? celeberrima est et gravissima, quae frequentissime agitari solet. De qua quum magna inter interpretes lis orta sit, sententiis omnium partium investigatis, quam nos tuemur sententiam pro modo virium proponamus.

Priusquam rem ipsam aggredimur, generalibus quibusdam expositis, ex historia haec praelibare placet. Duplex fideiussorum genus est, quippe vel sunt fideiussores *indemnitatis*, vel fideiussores *simplices*. Fideiussores indemnitatis sunt, qui sub conditione in eum casum, si creditor a debitore suum consequi non possit, se ad reliquum praestandum obligaverunt [1]). Fideiussores simplices sunt, qui sub conditione illa se non obstrinxere.

Quod ad indemnitatis fideiussores attinet, de iis dubitari non potest, quin debitore non excusso conveniri nequeant. Nam haec est ipsa huius fideiussionis natura, ut contra debitorem prius agat creditor, quia fideiussor indemnitatis se in eum solum casum obligat, si creditor a debitore suum consequi non possit. Quaevis

1) L. ult. pr. de reb. cred. (12. 1.). L. 116. de V. O. (45. 1.). L. 21. de solutt. (46. 3.). L. 7. de fideiuss. et nominat. et hered. tut. (27. 7.). *Lauterbach* de indemnitat. fideiuss. cap. 2. nro. 1.

Digitized by Google

enim conditio religiose servanda [1]), et inde conditione nondum existente agi non potest [2]); unde etiam iuris conditionati praescriptio locum non habet [3]). Quam sententiam leges etiam verbis expressis confirmant.

L. Si fideiuss. 41. (al. 42.) de fideiuss. (46. 1.) [4]):

Si fideiussores in id accepti sunt, quod a curatore servari non possit, et post impletam legitimam aetatem tam ab ipso curatore, quam ab heredibus eius solidum servari potuit, et cessante eo, qui pupillus fuit, solvendo esse desierit, non temere utilem in fideiussores actionem competere.

L. 17. C. de fideiuss. (8. 41.) Gordianus A. Brasidae:

Omissis quoque pignoribus fideiussorem a creditoribus utiliter conveniri, nisi in id tantum, quod ex his refici non poterit, acceptus sit, explorati iuris est.

Quod vero ad fideiussores simplices pertinet, tres periodi hic faciendae sunt. Nam aliter res se habebat in iure antiquo, aliter in recentiori, aliter denique in recentissimo Novellarum.

Ut de iure vetere primum videamus, in praefatione ad Novellam quartam *Justinianus legem antiquam* (νόμον παλαιὸν) fuisse dicit, qua constitutum fuerit, ut debitor semper ante fideiussorem excutiendus

1) L. 11. §. 11. de leg. III. (32.). L. 31. de solut. (46. 3.).

2) L. 9. pr. de reb. cred. (12. 1.).

3) L. 7. §. 4. C. de praescript. 30. vel. 40. ann. (7. 39.).

4) Fragmentorum in titulo Digestorum de fideiussoribus verba initialia addo, quia numerus legum huius tituli in codicibus vulgatis et codice Florentino non idem est.

Digitized by Google

sit. Quae lex antiqua quae fuerit, nullibi scriptum invenimus, neque etiam e vocabulo *antiquum* de eius aetate aliquid derivari potest, quia haec vox, uti verbum vetus, omnino ambigua, ab imperatoribus posterioribus ad tempora antiquissima non semper refertur [1]). Quare *Balduinus* bene dicit, cuius auctoris temporisve haec lex fuerit, se nescire [2]). *Cuiacius* [3]) vero legem antiquam nostram forsitan duodecim tabularum fuisse coniicit; sed argumentum non affert. *Frantzkius* [4]) quidem propter solam legis simplicitatem duodecim eam tabulis constitutam esse affirmat, quae vero sententia ea de causa nullius momenti est, quia multa, etsi simplicia, recentioribus legibus constituta sunt. Ut ut est, hanc legem antiquam *Ciceronis* aetate adhuc in usu fuisse, ex eius epistolis [5]) intelligimus. Dubia quidem movet *Balduinus* [6]) ob ea, quae relata sunt in L. 48. §. 1. mand. (17. 1.) ex scriptis *Mucii Scaevolae*, qui ante *Ciceronem* vixit; sed oblitus est eius, quod saepissime contingit, nimirum res facti exstare posse,

1) *Dirksen* Beiträge, Abhandl. 2. p. 183. et ibid. nota 49 — 52.

2) Justinianus sive de iure novo commentariorum libri IV. Basil. 1560. p. 525.

3) Expositio Novell. ad Novell. IV. (in opp. T. 2. p. 1036.).

4) Resolutt. L. I. Resp. 12. nro. 1.

5) Epist. ad Atticum L. XII. ep. 14. — — — »Quod scribis a Junio te appellatum: omnino Cornificius locuples est: sed tamen scire velim, quando dicar spopondisse« etc. etc. — *Idem* ibid. ep. 17. »Quod pro Cornificio me abhinc amplius annis XXV. spopondisse dicit Flavius; etsi reus locuples est et Appuleius praediator liberalis; tamen velim des operam, ut investiges ex consponsorum tabulis, sitne ita« etc. etc. — *Idem* ibid. L. XVI. ep. 15. — — »possumus enim, ut sponsores *non*« (quam lectionem Gronovius in Graevii editione merito nobis praeferre videtur) »appellentur, procuratores introducere. Neque enim illi litem contestabuntur; quo facto, non sum nescius, sponsores liberari.«

6) l. c. p. 527.

Digitized by Google

quae iure praecipiente exstare non debuissent; ubi etiam hodie saepe fideiussores ante debitorem principalem conventos et solventes videmus, qui ex principiis Novellae quartae creditorem exceptione excussionis repellere potuissent.

Quae modo diximus veteris iuris principia sub imperatoribus per usum [1]) ita sunt commutata, ut creditori liberum arbitrium in debitore aut fideiussore conveniendo permitteretur. Omnes fere interpretes haec nova imperatoribus *posterioribus* adscribunt, quod quidem iis, quae *Justinianus* in Novella IV. cap. 1. de remedio antiquae legis (in casu absentiae debitoris principalis) a *Papiniano* (sub Sept. Severo et Caracalla vivente) introducto dicit, confirmari videtur. Sed iam *Papiniani* praeceptor, *Q. Cervidius Scaevola* in

L. 62. (al. 63.) de fideiuss. (46. 1.):

(Si fideiussor creditori denuntiaverit, ut debitorem ad solvendam pecuniam compelleret, vel pignus distraheret, isque cessaverit, an possit eum fideiussor doli mali exceptione summovere? Respondit: Non posse.)

liberam creditori electionem permittit, quod etiam affirmat ipse *Papinianus* in

L. Inter eos fideiussores 51. (al. 52.). §. 3. de fideiuss. (46. 1.):

Creditor pignus distrahere non cogitur, si fideiussorem simpliciter acceptum ommisso pignore velit convenire.

Eadem rescriptis imperatorum continentur, quorum temporibus et postea quoque *Papinianus* vixit.

---

1) Ut Justinianus ipse dicit in praefat. ad Novell. IV.

Digitized by Google

L. 3. C. de fideiuss. et mandat. (8. 41.) Impp. *Severus* et *Antoninus* A. A. Maximo:

Non recte procuratores nostri, si allegationi tuae fides adesset, audire te noluerunt, ex bonis fideiussoris, quae ad fiscum pervenerunt, pecuniam repetentem, sed reum principalem conveniri iusserunt, cum electionis potestas permittatur creditori.

L. 5. ibid. Imp. *Antoninus* A. Potamoni:

Jure nostro est potestas creditori, relicto reo eligendi fideiussores, nisi inter contrahentes aliud placitum doceatur.

L. 19. ibid. Impp. *Diocletianus* et *Maximianus* A. A. et C. C. Sabino:

Si alienam reo principaliter constituto obligationem suscepisti, vel fideiussoris, sive mandatoris, vel quocunque alio nomine pro debitore intercessisti, non posse creditorem urgeri, eum, qui mutuam accepit pecuniam, magis, quam te, convenire, scire debueras; cum, si hoc in initio contractus specialiter non placuit, habeat liberam electionem.

Idem ab iisdem repetitum est in L. 20. 21. 23. C. ibid.

Quod vero attinet ad *Papiniani* temperamentum, cuius supra mentionem iniecimus, nullibi, neque nominatim in Pandectis, vestigia eius invenimus, teste *Cuiacio* [1]), quare ad summum coniicere audeamus, in casu absentiae debitoris principalis ratione fideiussoris *indemnitatis* a *Papiniano* idem probatum esse, quod postea *Justinianus* ratione fideiussoris simplicis statuit.

---

1) Exposit. Novell. ad Nov. IV. (in opp. Tom. IV. p. 1036.)

Digitized by Google

Secundae periodi principium, quatenus ex meris grammaticae interpretationis praeceptis prono alveo fluebat, sibi quidem constabat, eo modo, quo v. g. JCti classici tantum varietatum numerum e quatuor legatorum formulis, verba solummodo sectantes, deducebant. Nam qui alienum debitum absque limitatione simpliciter in se suscipit, eo ipso, et quia conditiones non praesumuntur, solutionis obligationem aeque, ac debitor principalis, in se recipit, neque igitur, verborum unice ratione habita, ante debitorem conventus creditorem ad illum mittere potest.

Sed verbis neglectis iam primum apparet, rigorem illum iuris medii naturae negotii, et partium voluntati in regula omnino contrarium esse. Fideiussor enim, periculum plerumque gratis subiens, eatenus donator est, et quidem tam ratione debitoris principalis, quam creditoris. Quare quivis contra pudorem agere affirmet creditorem, qui, debitore ommisso, fideiussorem prius convenire velit; et ea de caussa in communi vitae consuetudine a creditoribus honestis fideiussorem ante debitorem principalem turbari nunquam fere invenies.

Qua iniquitate bene perspecta, *Justinianus*, qui in eo maxime sibi placebat, ut, apicibus iuris sublatis, sententias aequas, simplices et saniores praeferret, ad iuris veteris principia in Novella IV. cap. 1. ita reversus est, ut, solo casu absentiae debitoris principalis excepto [1]),

---

1) Praeter hanc unicam a Justiniano admissam exceptionem interpretes alias admittunt, quarum partem minimam reiecit *C. M. J. N. Guerdan* de liberalitate Justiniani per illiberalem interpretationem in beneficio ordinis mutilata. Heidelbergae 1769. (praeside *F. Alef*) cap. 6. Stupore forsan oppressus esset, si legisset *Berlichii* conclusiones practicabiles P. 2. concl. 24., ubi 91. casus enumerantur, in quibus beneficium excussionis ex sententia plurimorum, aut unius alteriusve interpretis non habeat locum. Exceptio sane lepidissima,

Digitized by Google

creditori debitoris principalis excutiendi obligationem iniungeret. Sed novum *Justinianus* in Nov. IV. beneficium aut privilegium contra ius commune minime concessit, verum potius ius vetus, in se, ut ita dicam, verum et rei naturae conveniens, restituit.

Qua lege recentissima fideiussor simplex in fideiussorem indemnitatis quodammodo conversus est. Sed dico *quodammodo*, quum iis non accedam, qui omnem inter utrumque differentiam sublatam esse affirmant [1]. Nam fideiussor indemnitatis ne tum quidem, si debitor principalis nondum excussus abest, conveniri potest (quod iuris veteris principium *Justinianus* in Nov. IV. minime mutavit), fideiussori simplici vero debitoris principalis absentia nocet, et inde dici potest, fideiussorem simplicem esse fideiussorem indemnitatis, limitibus quibusdam circumscriptum [2]. Quae hoc loco tantummodo adumbrata infra a me pluribus exponentur.

Iam redeamus ad quaestionem nostram: An fideiussor, si debitor, creditore excutiendi moram faciente decoxerit, teneatur nec ne? Ad quam nunc enodandam primo loco necessarium est, ut varias interpretum sententias enumeremus.

---

sed mihi doctori recens nato, ad fideiussiones pro amicis proclivi, tristissima est exceptio undecima, puta: exceptionem excussionis non competere doctoribus promotis, et quibuscunque aliis personis honestioribus, propterea quod illorum promissiones pro iuratis habeantur.

1) Veluti *Leyser*, Meditatt. Spec. 523. Medit. 12.

2) *Müller* Observat. pract. ad *Leyserum* Observat. 868. Aliam de differentia inter fideiussorem simplicem et indemnitatis sententiam ratione eius, quod ipso iure et ope exceptionis vocatur, protulit *Lauterbach* de beneficio excuss. Tubing. 1653. §. 18. et idem in diss. de indemnitatis fideiuss. Tubing. 1656. §. 37., de quibus infra.

Agmen ducat sententia glossatorum, a multis [1]) et nominatim a *Cuiacio* [2]) approbata, quae huc fere redit. Distinguendum esse inter simplicem et indemnitatis fideiussorem. Fideiussorem simplicem, si creditor aperte in dolo non sit, absolute teneri ob L. Si fideiuss. 62. (63.) de fideiuss. (46. 1.); indemnitatis vero fideiussorem ob creditoris culpam liberari.

Alii vero, uti *Merenda* [3]), hac distinctione omissa, simpliciter tradunt, fideiussorem se non posse liberare, allegando negligentiam creditoris in exigendo eo, quod sibi debeatur. Inter quos inprimis est *Thomasius* [4]), qui nominatim ratione fideiussoris indemnitatis idem asserit, rationes hoc modo subducendo: »Sed quid, si creditor segnis sit in exigendo, fideiussore licet aliquoties eum admonente, debitorque postea bonis labatur, an fideiussor noster (sc. indemnitatis) excusandus tunc erit? Negandum hoc per expressum textum in L. 62. de fideiuss. (46. 1.), quia creditor nunquam se obligavit fideiussori ad obsequium illiusque mandatum, bene autem fideiussor se illi ad praestationem indemnitatis, adeoque ipsi potius fideiussori incumbit, ad evitandum damnum urgere debitorem ad solutionem, et liberationem, aut praestationem cautionis, quod L. 38. §. 1. mandat. (17. 1.), cap. ult. X. de fideiuss. (3. 22.) probatur.«

---

1) *Val. Francus* Tractatus de fideiuss. Lips. 1594. cap. 6. §. 106. *Casp. Manzius*, Tractatus de fideiuss. Nordlingae 1741. cap. 11. §. 56—60. *A. Faber*, in Codice Fabriano. L. 8. Def. 39.

2) L. XVI. Responsor. Herennii Modestini ad L. 41. de fideiuss. (opp. T. VI. p. 687.).

3) Controv. iur. L. 11. cap. 19.

4) De fideiuss. indemnit. Halae. 1750. c. 7. §. 5.

Tertia ICtorum familia cum *Voetio* [1]) glossatorum principia secundum ius Digestorum et Codicis vera esse concedens, hoc ius medium ratione fideiussoris simplicis ex principiis Novellae quartae mutatum esse affirmat. Videndum enim esse dicunt, utrum fideiussor simplex beneficio ordinis, hac Novella ei concesso, renunciaverit, nec ne. Quod si non fecerit, eum fideiussori indemnitatis in genere omnino esse aequalem; sin veró renunciaverit excussionis beneficio, aut alio modo destitutus eo esset, eum eodem modo teneri, quo simplex in iure medio obligatus fuerit fideiussor.

Agmen claudant ICti, qui, partim sine lege, aliis distinctionibus rem conficere student.

Primo loco *A. Gomezii* [2]) proferamus sententiam ita distinguentis: »*I.* Fideiussor est acceptus in subsidium vel indemnitatem. Tunc fideiussor conveniri non potest, si principalis debitor est non solvendo, et culpa a creditore non conventus est, praeprimis, si creditor fuit requisitus a fideiussore, ut debitorem conveniat. *II.* Fideiussor non est acceptus in subsidium, sed simpliciter. Tunc indistincte tenetur ex iure ante Nov. IV., modo creditor sit in culpa, vel negligentia conveniendi, modo non, quia sua obligatio est simplex et absoluta. Sed ex Nov. IV. cap. 1. hodie sic distinguendum est: 1) Renunciavit fideiussor exceptioni ordinis. Tunc valet ius commune antiquum. 2) Non renunciavit. Tunc liberatur, si creditor a fideiussore expresse requisitus est, ut principalem debitorem conveniat. Si vero

1) Commentar. ad Pandect. L. 36. T. I. §. 38.

2) Commentariorum variarumque resolut. iur. civilis et regii libri tres. T. II. cap. 13. nrd. 9.

Digitized by Google

non sic requisiverit, non liberatur; quia sicut convento prius fideiussore in iudicio requiritur, quod ab eo petatur excussio in bonis principalis debitoris, ita a fortiori in nostro casu, si creditor differt petere a principali debitore, requiritur saltem illa petitio et requisitio fideiussoris.« Quam posteriorem tantum distinctionem *J. H. de Berger*[1]) suam fecit.

Denique *J. L. Schmid*[2]) ita distinguendo rem absolvi putat: »*I.* Non denunciavit creditori, debitorem facultatibus labi. Tunc fideiussor tenetur, quia creditor qua talis ad agendum contra debitorem non obligatus est. *II.* Denunciavit. 1) Beneficio ordinis non renunciavit. Tunc opposita exceptione doli fideiussor liberatur, quia dolus est, si quis nolit persequi, quod persequi potest, et quia in hoc casu fideiussor tantum obligatur, si creditor debitum a reo exigere non possit. 2) Renunciavit. *a.* Creditor aperte fuit in dolo. Tunc fideiussor liberatur v. g., si fideiussor creditorem de exigendo debito ita admonuit, ut expresse dixerit, quod ulterius teneri nolit, si creditor debitorem prodigum non conveniat, et eum facultatibus labi patiatur. *b.* Non aperte fuit in dolo. Tunc fideiussor exceptione doli liberari non potest, quia correus debendi est, et principaliter tenetur, ita ut creditor debitorem principalem excutere necesse non habeat.«

Sed iam expositis diversis interpretum opinionibus, quatenus eorum copia nobis suppetebat, ad id, quod nobis in hoc argumento verum, aut veritati proxime accedere videtur, transeamus. Uti in

---

1) Oeconom. iur. L. III. T. III. §. XVII. nota 3.

2) Lib. singular. de fideiuss. plane non obligato. Sect. II. §. 220—223.

scriptis glossatorum saepissime sententias sibi bene cohaerentes invenimus, ita etiam in hoc argumento concedi debet, ratione iuris Digestorum et Codicis habita, veram esse eorum distinctionem supra memoratam. Primo enim intuitu statim apparet, ex principiis iurisprudentiae mediae fideiussores simplices in numerum correorum debendi aequali iure obligatorum relatos fuisse. Hoc si acceperis, fideiussori sane simpliciter obligato iniuriam fieri dici non potest, si debitore principali non excusso a creditore conveniatur, quoniam in argumento de correis debendi, ut creditor unum vel alterum correorum pro lubitu convenire possit, aperti iuris est; ideoque extra omnem dubitationis aleam positum est, ut actionem contra unum correum iam motam omittens, alium aggredi [1]), et tandem, ut unum pacto dimittere, et tamen alterum convenire queat [2]). Quibus suppositis, creditori, si contra debitorem principalem non egit, et hic facultatibus lapsus est, culpa obiici non potest. Nam nemini iniuriam facit, qui iure suo utitur [3]). Inde re sua quisque abuti potest, ita ut etiam bonae fidei possessor, qui interim loco domini habetur, ob culpam ante litis contestationem commissam omnino non teneatur [4]). Bene igitur summus *Cuiacius* [5]) dicit: »Cur enim non liceat, liberalem esse erga unum (correum

---

1) L. 3. de his qui effud. (9. 3.). L. 47. §. 3. de pecul. (15. 1.). L. 51. §. 4. de evict. (21. 2.). L. 28. C. de fideiuss. (8. 41.).

2) L. 24. L. 25. de pact. (14. 2.).

3) L. 151. L. 155. §. 1. de R. et J. (50. 17.).

4) L. 45. de R. V. (6. 1.).

5) Comment. ad L. 51. Dig. Salvii Juliani in fine (opp. T. VI. p. 347.).

Digitized by Google

debendi), illiberalem erga alterum? Liberalitas, vel affectio propensior in unum, quam in alterum nemini vitio dari debet. Liberalitas non est vitium aut culpa.«

Quae omnia etiam verbis disertis comprobantur iisdem ipsis legibus, quae supra pag. 6. et 7. adscriptae sunt, et in quibus aperte dictum est, creditorem vel a fideiussore admonitum, ut debitorem ad solvendum compelleret, nihilosecius a fideiussore doli mali exceptione summoveri non posse, neque ad pignora distrahenda cogi creditorem, si iis omissis velit convenire fideiussorem; quare etiam in constitutionibus ibidem appositis libera creditori permittitur electio.

Neque prorsus huic glossatorum sententiae obstat L. 95. §. 11. de solutt. (46. 3.):

> *Si creditor, a debitore petens, culpa sua causa ceciderit, prope est, ut actione mandati nihil a mandatore consequi queat, quum ipsius vitio acciderit, ne mandatori possit actionibus cedere.*

quam nonnulli in eos convertere voluerunt. Nam in huius legis casu, creditore sua ipsius culpa causam perdente, debitum ipsum principale exstinguebatur, et ideo obligatio mandatoris accessoria una cum principali perimi debebat, quia notissimi iuris est, sublata obligatione principali etiam accessoria tolli [1]), et sententiam absolutoriam, licet iniustam, pro veritate haberi [2]). Quo fit, ut sententia absolutoria in argumento de correis debendi etiam pro

1) L. 21. §. 2. de solut. (46. 1.). L. 43. L. 93. §. 2. de fideiuss. (46. 3.).

2) L. 25. de statu hom. (1. 5.).

solutione habeatur [1]). Sed longe alia res est, si debitor decoxit. Nam debitum principale per concursum, ut vocant, formalem nequaquam deletur, quare creditor post concursum debitorem convenire potest, licet hic, si beneficio cessionis bonorum gavisus sit, denuo conventus beneficio competentiae uti possit [2]).

Quod vero ad indemnitatis fideiussorem attinet, itidem glossatorum principia rei naturae, principiis iuris generalibus, et specialibus legum praeceptis consentanea sunt. Si enim fideiussor solummodo ea sub conditione fidem suam interponit, ut creditor primo loco debitorem principalem conveniat, ex ipsis conventionis verbis prono alveo fluit, creditorem conveniendo iusto modo debitorem principalem promissione sua stare debere. Proinde de fideiussoris culpa sermo esse non potest, si ipse creditor negligens fuit, quia principaliter ipsi creditori diligentia iniuncta est. Quod, re penitus inspecta, etiam aliis argumentis affirmatur. Nam fideiussor in regula [3]) gratis intercedit, et revera donator est, summo periculo subiectus, quia debitores principales saepissime mendaces, eversores, et ingrati, gloriam solvendi fideiussoribus relinquunt; quare *Ausonius* [4]) optime dixit: »Sponde, est noxia tibi«, et *Quintilianus* [5]): »Miserabile est sponsoris periculum«; ex quo fonte etiam haud dubie fluxit

1) *Lauterbach*, colleg. L. 45. Tit. 2. §. 29.

2) L. 6. 7. de cess. bonor. (42. 3.).

3) Exceptiones quidem occurrere possunt (L. 2. 23. C. ad SCtum Vellei. (4. 29.), sed nil sunt, nisi exceptiones, quibus principia non mutantur.

4) Ludus septem sapientum. Thales v. 17.

5) Quem iam *Hugo Grotius* de iure belli et pacis L. 3. c. 13. §. 4. allegavit.

Germanorum proverbium: Burgen soll man würgen [1]), et aperte integrum SCtum Velleianum. Iam vero ex grati animi principiis per se sequitur (quod etiam legibus Romanis expresse sancitum est [2]), contra donatores, eosque, qui iis aequiparandi sunt, culpae querelam moveri non posse. Et licet ponamus, culpam fideiussoris cum creditoris culpa concurrere posse, tamen in fideiussoris commodum dicendum est, eius negligentiam creditoris culpa esse minorem, quoniam is, qui amicitia et misericordia motus, grave intercessionis officium subit, tacendo melius officio suo fungitur, quam creditor, qui in regula debitori principali gratiae officio non obligatus, stricto iure, et salvo honore ius suum pro arbitrio persequi potest. Gravior autem culpa absorbet minorem, et levior culpa contra graviorem non parit exceptionem [3]). Qua de causa etiam *Justinianus* in Novella IV. bene dicit, fideiussoribus et istiusmodi hominibus auxilio venire, aequum esse. Tandem omnia, si quae remanere possent, dubia evanescunt, si legem 41. de fideiuss., supra pag. 4. ipsis verbis allatam, conferre velis. Nam in hac lege, culpa a creditore commissa, fideiussor in genere liberatur, neque ulla culpae fideiussoris concurrentis et creditorem liberantis mentio iniecta est. Quare dicendum esse videtur: Si creditor in culpa erat, indemnitatis fideiussor liberatur nulla eius culpae habita ratione. Sin vero de creditoris culpa demonstrari non potest, tunc a fideiussoris culpa

---

1) *Besold*, Thesaur. pract. sub voce Burgen.

2) L. 1. §. 1. si mensor. (11. 6.). L. 18. §. 3. de donatt. (39. 5.). L. 41. §. 1. de re iudic. (42. 1.).

3) L. 9. §. 4. ad L. Aquil. (9. 2.). L. 45. §. 1. de act. E. V. (19. 1.).

Digitized by Google

nil pendet, quia, creditore non peccante, semper tenetur fideiussor, licet negligens non fuerit.

Thomasius quidem, uti supra pag. 10. diximus, in alia omnia abit; sed facili negotio eius argumenta refelli possunt. Etenim L. si fideiuss. creditori 62. (al. 63.) de fideiuss. (46. 1.) ab eo invocata, collatis aliis legibus supra (pag. 6. et 7.) verbotenus citatis, nonnisi de fideiussore simplici intelligi potest, et in ceteris legibus, quas socias sibi adiunxit [1]), *facultas* quidem, ut ita dicam, sibi ipsi opitulandi fideiussori *conceditur*, sed minime gentium ei imponitur obligatio, damnum infectum, quod propter creditoris negligentiam minatur, propria diligentia avertendi. Quae vero *Thomasius* ex rei natura bene derivasse sibi videtur, ad inania, quod pace viri, ceteroquin incomparabilis, dixerim, redeunt. Quis enim unquam audivit, indemnitatis fideiussorem sic se obligare solere: »Ipse curabo, ut solutio a debitore aut a me fiat, et in omnem casum damnum sarciendum meis rationibus inferam?« Contra talis fideiussoris nulla alia esse solet promissio atque ea, quae ex ipsa L. 41. (al. 42.) cit. elici potest: »Solvam quod *tu* a debitore consequi non potueris.« Itaque primum omnia pendent a facto creditoris, qui

1) L. 38. §. 1. mand. (17. 1.): »Non absimilis illa quae frequentissime agitari solet: fideiussor, an et prius, quam solvat, agere possit, ut liberetur (nec enim semper exspectandum est, ut solvat aut iudicio accepto condemnetur), si diu in solutione reus cessavit, aut certe bona sua dissipavit? praesertim si domi pecuniam fideiussor non habebit, qua numerata creditori, mandati actione conveniat.« Cap. ult. X. de fideiuss. (3. 22.). »Eum, pro quo te fideiussorem obligasti, si diu in debiti solutione cessavit, aut dissipare bona sua coepit, seu super hoc condemnatus fuisti, iure poteris convenire, ut te a fideiussione debeat liberare.«

Digitized by Google

ob eandem hanc causam integrum damnum suum facit, quod, diligentia creditoris vigilantis adhibita, locum non habuisset. In omnem vero eventum postremo loco dici potest, per solam L. 41. cit. *Thomasii* principia ad nihilum redigi posse.

Sed cum laude, uti hactenus factum, sententia eorum approbata, qui in casu negligentiae creditoris non quidem fideiussorem simplicem, sed fideiussorem indemnitatis ab actione creditoris liberari contendunt, alia iam quaestio, Novella quarta inspecta, exoritur: Quare fruge inventa glandibus vesci velimus? Relicit enim *Justinianus* in hac constitutione rigorem iuris medii ad fideiussores simplices, restituit in genere legem antiquam, cuius tenore fideiussor solummodo in subsidium conveniri poterat; et inde ICti, *Voetii* vestigia prementes, gravissimis argumentis subniti videntur, si etiam ratione quaestionis, cui exponendae hanc dissertationem dicavimus, ius medium mutatum esse contendunt.

Ut clarissime omnia lectorum oculis subiiciantur, verba integra capitis primi Novellae quartae secundum versionem vulgatam, uti in tritis editionibus occurrunt, et in latere versionem textus genuini Graeci, quam *Hombergkio* debemus, apponam, praesertim cum a singulis verbis, et ab interpunctione bene ordinata in hoc argumento unum alterumve pendeat, quod negligere non debemus.

Novella IV. *Versio Vulgata.*	
Praefatio.	*Versio Hombergkiana.*
Legem antiquam positam quidem olim, usu vero nescimus quemadmo-	Praefatio. Antiquam legem olim quidem latam, usu vero nes-

dum non approbatam, per eamque vero semper exquisitas atque necessarias apparentem, rursus revocare, et ad rempublicam reducere, bene se habere putavimus, non simpliciter eam, sicut iacebat, ponentes: (erat enim quaedam eius pars omnino non discreta), sed cum competenti et Deo placito distribuentes augmento.

cimus qua ratione non servatam, quae tamen ob res semper in quaestionem venientes illi necessaria videtur, revocare et in rempublicam reducere pulchrum duximus, non ita simpliciter, ut scripta erat, eam ferentes (erat enim quaedam illius pars plane non distincta), sed convenienté atque pia accessione distinguentes.

Cap. I.

Ut creditores primo loco conveniant principalem.

Si quis igitur crediderit, et fideiussorem aut mandatorem aut sponsorem acceperit: is non primum adversus mandatorem, aut fideiussorem aut sponsorem accedat: neque negligens, debitoris intercessoribus molestus sit: sed veniat primum ad eum, qui aurum accepit debitumque contraxit: et si quidem inde receperit, ab aliis abstineat: quid enim ei in extraneis erit, a debitore completo? Si vero non valuerit a debitore recipere aut in partem aut in totum: secundum quod ab eo non potuerit recipere, secundum hoc ad fideiussorem aut sponsorem aut mandatorem veniat, et ab illo quod reliquum est, sumat: et si quidem praesentes ei consistant ambo, et principalis et

Cap. I. Si quis igitur mutuum dederit, et fideiussorem, aut mandatorem, aut constitutae pecuniae reum acceperit, ille non statim ab initio mandatorem, fideiussorem aut constituentem conveniat, neque debitore neglecto intercessoribus molestus sit, sed primum eum qui pecuniam accepit et debitum contraxit, conveniat: et si quidem ab illis acceperit, a reliquis abstineat: quid enim illi cum extraneis rei est, cui debitor satisfecit? Si vero a debitore nec partem nec solidum consequi poterit, quantum ab eo recipere non potuit, pro ea parte cum fideiussore, vel constituente vel mandatore experiatur, et ab eo reliquum consequatur. Atque haec

intercessor, et aut mandator, aut sponsor: hoc omni servetur modo. Si vero intercessor, aut mandator, aut qui sponsioni se subiecerit, adsit: principalem vero abesse contigerit, acerbum est, creditorem mittere alio, cum possit mox intercessorem, aut mandatorem aut sponsorem exigere. Sed et hoc quidem curandum est a nobis possibili modo: non enim erat quoddam hic antiquae legi datum pro sanatione remedium: quamvis Papinianus maximus fuerit, qui hoc primitus introduxit. Probet igitur intercessorem, aut sponsorem aut mandatorem: et causae praesidens iudex det tempus intercessori (idem est dicere, sponsori et mandatori) volenti principalem deducere: quatenus ille prius sustineat conventionem: et sic ipse in ultimum subsidium servetur: sitque solatio intercessori (aut sponsori et mandatori), in hoc quoque iudex: fideiussoribus enim et talibus prodesse sanctum est, ut illo deducto, interim conventione liberentur, qui pro eo in molestia fuerunt. Si vero tempus in hoc indultum excesserit (convenit namque etiam tempus definire iudicantem), tunc fideiussor aut mandator aut sponsor exequatur litem et debitum exigatur contra eum, pro quo fideiussit, aut pro quo mandatum scripsit aut sponsi-

quidem, si utrique, tam principalis debitor quam fideiussor aut mandator, aut constitutae pecuniae reus praesentes sint, omni modo serventur. Si vero fideiussor aut mandator, aut qui constitutum suscepit, quidem adsit, principalem autem debitorem abesse contingat, durum est creditorem alio mittere, cum a fideiussore aut mandatore aut constituente exigere possit. Sed et huic rei, quoad ejus fieri poterit, medendum nobis est. Neque enim antiqua lex definitam quandam sanandi methodum habuit, quamvis magnus ille Papinianus haec primus docuerit. Demonstret igitur, fideiussorem, aut constituentem aut mandatorem: et iudex, qui causae praeest, fideiussori nec non constituenti et mandatori, principalem debitorem deducere volentibus tempus det, ut ille primus actionem sustineat, atque ita hi in ultimum serventur subsidium. In eo quoque fideiussori, sponsori, mandatori iudex succurrat (fideiussoribus enim et istiusmodi hominibus auxilio venire aequum est), ut ille productus actione interim eos liberet, qui illius causa molestia afficiuntur. Quod si tempus ad hoc constitutum praeterierit, (iudex enim et tempus definire debet) tum aut fideiussor aut mandator aut constituens litem sus-

Digitized by Google

eum suscepit: a creditoribus acti-onibus sibi cessis.	cipiat, et debitum solvat actionibus contra eum, pro quo fideiussit, vel mandatum scripsit, vel constituit, a creditore sibi cessis.

Ecce legem ipsam, quae haud docet, quod multi opinionibus, male conceptis, ei intulere, nimirum *Justinianum* ius quodammodo perfectum, misericordiae causa limitatione quadam exornasse. Nam si oculis sanis fides habenda est, verba Novellae nil aliud produnt, nisi imperatoris praeceptum: legem veterem, naturae fideiussionis convenientem, contra iuris medii rigorem restituendam esse, exceptione tantum in casu absentiae debitoris principalis admittenda. Quae igitur ex doctrina iuris Digestorum et Codicis in eo solo casu locum habebant, si indemnitatis fideiussor intercesserat, eadem, casu absentiae excepto, ex nova lege in dubio semper valent, et exceptioni iuris medii omnimodo aequiparari debent, quia *legis* virtus semper eadem, adeoque maior saepe est, quam pacti conventi [1]). Si igitur fideiussor simplex, de quo in Nov. IV. tantum sermo est [2]), iuribus in lege hac novissima ei tributis non renunciat [3]), ex rei natura, a *Justiniano*

1) Confer v. c. principia pignoris legalis, conventionali pignori oppositi; successionem ab intestato, compositam pactis hereditariis; et tandem pactum de non alienando, collato legis, aut, quod idem est, testamenti praecepto, ne res in alium transferatur.

2) Nam Novella de iis fideiussoribus non agit, qui iam iure proxime ante Justinianum valente, plena securitate gaudebant.

3) Si renunciavit, ad principia iuris medii eum reiectum esse, per se patet. De quaestione saepe agitata, an *indemnitatis* fideiussor exceptioni excussionis renunciare possit? dubia mihi remanent gravissima. Dici potest, hanc renunciationem esse contradictionem in adiecto, itaque per se inanem, quod multi probant v. g. *Carpzov* Decis. 14. *Hunnius*, Resolutt. D. 38. T. 5.

Digitized by Google

agnita, in subsidium conveniri debet; et inde creditor exceptione repelli potest, qui negligens, quae ab eo ex lege erant praeparanda, in fideiussoris perniciem omisit.

Magis magisque haec omnia extricari possunt, allatis et sub censuram vocatis obiectionibus, quibus *F. a Bothmer* [1]), vir doctissimus, nuper admodum vera, quae nobis videntur, principia subvertere conatus est. Quae opponit, in summa ad haec redeunt: Fideiussor creditoris in conveniendo debitore mora non liberatur. Nam obligatio ad praestandam diligentiam nulla existit generalis, quae etiam extra contractum locum habeat (quod a legibus etiam comprobatur, culpae in non faciendo non nisi ratione contractuum et quasi contractuum mentionem facientibus) et diligentia potius solummodo ratione contractus, et quidem eius solius obiecti, ad quod contractus spectat, postulari potest. Porro in L. 91. de V. O. (45. 1.) in verborum obligatione ad dandum inita, promittentem ob culpam negativam commissam non teneri, sancitum est; neque ulla existit actio, qua damni, culpa in non faciendo a tertio illati, supplementum exigi possit. Quibus principiis, ad fideiussionem adhibitis, diligentiam creditoris hic postulari non posse apparet, quia fideiussio

---

Q. 40. *Meier*, Colleg. Argentorat. L. 46. T. 1. §. 18. *Stryk*, U. M. P. L. 46. T. 1. §. 20. *C. Thomasius*, de fideiussore indemnit. cap. 6. §. 3. *Müller* ad *Leyser* Observat. 868. Sed eodem iure haud scio an cum *Leysero* Spec. 523. m. 12. dici possit: Renunciatio haec, deliberato animo facta, priorem contractum mutat. Et profecto in favorem huius sententiae allegari potest lex inter leges Pandectarum damnatas celeberrima, nimirum L. Lecta. 40. de R. C. (12. 1.).

1) *S. P. Gans*, Zeitschrift für Civil- und Criminalrechtspflege im Königreich Hannover. B. 1. H. 1. p. 15—25.

non est contractus bilateralis, sed unilateralis, in quo solus obligatur fideiussor. Quae sententia etiam confirmatur in L. 62. de fideiuss. et mandat. (46. 1.), neque ei obstat Nov. IV. c. 1. Nam uti iam capitis inscriptio: »Ut creditores conveniant primo loco principalem« demonstrat, ea non de quaestione nostra, sed de solo excussionis beneficio agit; quare etiam in capitis loco: »neque negligens debitoris intercessoribus molestus sit,« ut ex omni capitis argumento et contextu apparet, comma, quo multi verba »negligens« et »debitoris« disiungunt, delendum, et sic ponendum esse videtur: »neque negligens debitoris, intercessoribus molestus sit.« Addit in fine, fideiussorem etiam misericordiam non mereri, quia secundum § 2. I. quib. mod. re contrah. oblig. (3. 14.) dici possit: Suae facilitati imputare debet, qui in suis rebus desidioso homini se obligavit.

Sed quae sequuntur, contra haec argumenta sufficere videntur.

1) In quaestione nostra non quaerimus de principiis de actionibus, quae eum in finem institui possunt, ut quis positive bene agat, neque hic quidquam pendet a principiis contractuum, quos unilaterales vocant. Cardo potius rei unice in regula notissima vertitur, ut, conditione debito modo non impleta, creditor adversus debitorem agere non possit; quae regula procul dubio ubique valet, sive de faciendo, aut non faciendo, sive de contractu unilaterali, aut bilaterali sermo sit. Iam vero, si fideiussor ea sola lege se obstrinxit, ut creditor primo loco debitorem principalem excutiat, eo ipso per negligentiam suam creditor ab actione contra fideiussorem exclusus est, et si, negligentia commissa, contra eum agit, male ius, quasi purum persequitur, quod ei conditionatum solummodo concessum est. Quae conditio a fideiussore indemnitatis per ipsam conventionem

apponitur; in fideiussione simplici vero per *legem* sancitum est, creditorem ante omnes debitorem principalem convenire debere, quo legis praecepto non observato, conditionem regressus contra fideiussorem non existere optimo iure affirmaveris.

2) Quod attinet ad capitis primi Novellae quartae inscriptionem, ea non est genuina, sed medio aevo, ut omnes capitum Novellarum inscriptiones, addita [1]. Inde haec inscriptio sententiam nostram nec infringit nec confirmat.

3) Nullus negaverim in editionibus nostris post verba: »neque negligens« signum commatis male positum esse, quum potius inter verba: »debitoris intercessoribus« intercalandum sit, ut iam *C. M. J. Guerdan* [2]), nescio quo duce, bene coniicit. Nam in textu graeco [3]) sic legitur, uti *Hombergkius* bene vertit: »neque debitore neglecto«; et verba »neque negligens debitoris« ex stili puri praeceptis eundem sensum praebent, ac si dixisses: si debitorem negligat, non conveniat, omittat [4]).

4) Concesso, quod ex modo dictis concedendum est, verbis Nov. IV. c. 1. »neque negligens debitoris intercessoribus molestus sit« creditori *obligationem* impositam non esse, tamen ex aliis eiusdem

---

1) *Hombergkius* in praefat. Novell. in fine. *Biener,* Gesch. der Novellen p. 57 — 62; 111 — 114.

2) Dissertat. pag. 8. nota 1. cit.

3) — — —, ὄντος μὴ τὴν πρώτην εὐθὺς κατὰ τοῦ μανδάτωρος ἢ τοῦ ἐγγυησαμένου ἢ ἀντιφωνήσαντος χωρείτω, μηδὲ ἀμελήσας τοῦ δανεισαμένου, τοὺς παρωνθήμως ἐνοχλείτω.

4) *F. Sanctii*, Minerv. III. 15. 13. *Forcellini* Lexic. s. v. negligens.

Novellae verbis probari potest, quod probandum nobis sumsimus. Nam diserte *Justinianus* ait:

»non primum adversus fideiussorem *accedat*«

quod sane legis *praeceptum* est. Ait porro eodem modo

»sed *veniat* primum ad eum, qui aurum accepit«

et brevi post additum est, creditorem ad fideiussorem venire posse

»si non *valuerit* a debitore recipere aut in partem aut in totum«

ubi illud *non valuit* aperte intelligi nequit, si creditor, dum suum servare agendo poterat, negligentiam diligentiae praeposuit. Dicendum igitur est, debitam creditoris in exigendo industriam ut conditionem lege positam esse, qua demum impleta contra fideiussorem actio locum habeat.

5) In legibus quidem interdum diligentiae summae praestatio ea de causa remittitur, quia laesus electionem suae facilitati imputare debeat [1]). Sed legum Romanarum *rationes* haud raro vitiis laborant [2]), et luce clarius est, universas paene regulas de gradibus culpae et diligentiae praestatione corruere, si ratio modo memorata vera sit. Nam tunc cuivis laeso obiici posset: cur negligentem elegisti? et omnia ad praestandam meram diligentiam, quam suis rebus quis praestare solet, redire deberent. Sana ratione duce potius dicendum est: conditionem tertii in regula perscrutari non possumus, immo diligens eius perscrutatio in legibus iure vitiosa et impossibilis habetur [3]). Electo igitur a me homine, ceterum negligente, id potius

1) §. ult. J. pro socio (3. 26.). L. 72. pr. D. eod. (17. 2.).

2) Optime de hoc argumento egit *B. J. de Fremery*, de rationibus veterum ICtorum. Lugd. Bat. 1801.

3) L. 29. pr. mand. (17. 1.). L. 6. de iur. ign. (22. 6.). L. 19. in f. de novat. (46. 2.).

Digitized by Google

dici debet, eligentem ipsum non esse in reatu, sed vitio dari debere electo, quod suae ipsius conditionis gnarus, negotio se immiscuerit, quod evitare potuisset et debuisset.

Coronidis loco succincte afferam, quae contra *Gomezii*, *Bergeri* et *Schmidii* sententias, supra (pag. 11. et 12.) relatas, monenda esse videntur.

Quod ad *Gomezium* attinet, ex antea dictis apparet, eius principia ratione fideiussoris indemnitatis rei naturae et legum praeceptis omnino congruere. Adiicit quidem: »*praeprimis*, si creditor fuit requisitus a fideiussore.« Sed hanc requisitionem nullatenus conditionis loco, neque inde necessariam, sed solummodo utilem habet. Quoad fideiussorem vero simplicem male ait, creditorem a fideiussore requiri debere, ut debitorem principalem conveniat. Ubinam enim loci in legibus scriptum est, fideiussoris partes esse, ut creditori calcaria admoveat, et segnitiae illius medelam afferat? Primo aspectu profecto apparet, ex requisitione, a fideiussore omissa, creditorem negligentem salvo pudore exceptionem repetere non posse. Nam haec exceptio his verbis concipienda esset: »Segnitia quidem, contra officia, laborabam: sed quare tu diligentiam non adhibuisti, ut pigritia, mihi commoda, me liberares?« Contra quam exceptionem, ni omnia me fallunt, pleno iure fideiussor regerere posset: »Si personarum, obligationis nexu cohaerentium, una alteram excitare debet, qua de causa tu me potius ad excitandum non excitavisti?« Refugium quidem vir acutissimus quaerit in Nov. IV., *beneficii excussionis*, quod dicitur, ratione habita. Sed fingit ea, quorum ansam leges non dedere, et quibus manifeste Nov. IV. refragatur. Nam ne verbulo quidem *Justinianus* indicat, principium, stricto aut communi iure contra fideiussorem

militans, se quasi verum agnoscere, gratia tamen quadam aut beneficio extra ordinem mitigare velle. Expresse enim legem se antiquam, bene conceptam, restituere ait, et debitoris principalis ante omnes conveniendi necessitatem repetita vice creditori imponit. Quare *Cuiacius*[1]) limitationes in casu absentiae debitoris principalis omittens, optime dixit: »nihil opus est hodie (ex Nov. IV.) pacto caveri, ut fideiussor in id tantum teneatur, quanto minus a debitore consequi potuerit. Nam *ipso iure* ita res se habet.« Obmoveri quidem ab uno alteroque forsan possent verba consueta: *beneficium* ordinis, *beneficium* excussionis. Sed ex terminologia interpretum recentioris aevi haudquaquam legibus ipsis vis inferenda est; quare etiam nostris temporibus merito studium eorum approbatum est, qui toti in eo erant, ut nos a vinculis verborum liberarent, quorum vestigium in fontibus iuris non occurrit, et quae, pravissime saepius concepta, non ad locupletandam, sed potius ad depravandam iuris disciplinam inventa esse videntur. Sed ulterius progredi possumus. Ut enim concedamus, *Justinianum* in ipsa Novella IV. de eo, quod ope exceptionis vocatur, verba fecisse, quid inde sequeretur? Nil sane, quod adversariis auxilium ferre posset. Nam longe ante *Justinianum*, *Julio Paulo* teste, differentia, ut ita dicam, practica, inter tuitionem ipso iure, et ope exceptionis sublata erat[2]), et in iure Justinianeo, in quo iudices, formulae praetoris adstricti, omnino evanuere, de distinctione illa, veterum iudiciorum ordini (saltem ante tempora iuris aequi, consuetudine recepti atque firmati) conveniente, ad effectus civiles omnino sermo esse non poterat.

---

1) Exposit. Novell. ad Nov. IV. (opp. T. II. p. 1035.)

2) L. 40. de R. C. (12. 1.). L. 112. de R. J. (50. 17.).

Digitized by Google

Quod vero ad *Schmidii* distinctiones (pag. 12.) attinet, propositae quidem sunt quasi omnino verae, sed quo iure, non video. Nam si creditor qua talis ad agendum contra debitorem principalem non est *obligatus*, quonam fit praetexto, ut tunc mere arbitraria fideiussoris voluntate obligatio enascatur, in re non fundata? Deit omnino errasse videtur auctor aestumatissimus, quod in casu adeo renunciationis exceptionem facit, dolo aperte a creditore commisso, v. c. »si fideiussor eum admonuerit et expresse dixerit, se ulterius teneri non velle, si creditor debitorem non conveniat, et eum facultatibus labi patiatur.« Nam fideiussor beneficio, quod vocant, excussionis, renuncians, eo ipso, ob supra dicta, in ordinem correorum, aequali iure obligatorum, transit, et inde ius eligendi, bene acquisitum, nec obloquendo, nec minas iactando, creditori auferre potest.

Haec hactenus. Proposui fortasse, quae ubivis tironem prodant, qualem me esse, ex ipso huius opusculi titulo colligi potest; sed benevolentiae lectorum confido, qui, qua erunt humanitate, hoc primum iuvenis, temporis angustiis oppressi, periculum summa severitate non iudicabunt. Minime enim id mihi sumo, ut iurisprudentiam penitus me nosse existimem, sed totus in eo sum, ut maiorum laude aliquando haud indignus reperiar.

Digitized by Google

SACRA NATALITIA

PRINCIPIS BEATISSIMAE MEMORIAE

CAROLI FRIDERICI

BADARUM MAGNI DUCIS REL.

DIE XXII. NOVEMBRIS MDCCCXLV

PARSONS LIBRARY University of MICHIGAN

AB

ACADEMIA HEIDELBERGENSI

PIE CELEBRATA

SIMULQUE

PRAEMIA COMMISSIONIBUS VICTRICIBUS DECRETA

NOVASQUE QUAESTIONES PROPOSITAS

RENUNCIAT

CAROL. ADOLPH. A VANGEROW

J. U. D. MAGNO DUCI BAD. A CONSIL. AULIC. JURIS PROF. P. O.

ORD. LEON. ZARING. EQUES

ACADEMIAE H. T. PRORECTOR.

DISSERITUR DE FURTO CONCEPTO EX LEGE XII TABULARUM.

HEIDELBERGAE.

TYPIS JULIANI GROOS, BIBLIOPOLAE ACADEMIAE ET TYPOGRAPHI.

Digitized by Google

Digitized by Google

M. ANTISTIUS LABEO libro II. de XII tabulis „acria et severa judicia apud veteres de furtis habita esse“ scripsit,[1]) id quod luculenter singulis X virorum praeceptis probatur. Distinxere enim XII tabulae inter fures in ipso facinore perpetrando deprehensos, quos manifestos vocabant, et ceteros omnes. Furto nec manifesto poenam dupli irrogabant,[2]) quam etiam Praetor servavit et JUSTINIANUS retinuit.[3]) Qui vero furto manifesto deprehendebatur, jure occidi poterat,[4]) et qui occisus non esset, verberari addicique ei, cui

---

1) A. GELL. N. A. VII. 15.

2) CATO de re rust. in procem., GELL. XI. 18., GAJ. III. 190. — Ipsa XII. tabb. verba nobis servata sunt apud FEST. lib. XIII. v. NEC (ed. MÜLLER p. 162): „NEC conjunctionem Grammatici fere dicunt esse disjunctivam, ut nec legit, nec scribit, cum si diligentius inspiciatur, ut fecit Sinnius Capito, intelligi possit, eam positam esse ab antiquis pro non, ut et in XII est: „ast ei custos nec escit“ item: „*si adorat furto, quod nec manifestum erit.*“ — Adorare apud antiquos significasse agere, testis FESTUS est lib. I (ed. MÜLLER p. 19), indeque illa XII tabb. verba ita suppleri solent „*duplione luito*“ vel: „*duplione decidito.*“ Cf. DIRKSEN Uebersicht d. Vers. zur Krit. u. Herstell. d. Textes d. Zwölf-Taf. Fragm. Lips. 1824, p. 585 sqq

3) GAJ. III. 190, §. 5 J. de obl. quae ex del. (4, 1).

4) Furem nocturnum deprehensum lex XII tabb. omnimodo occidere permisit, cf. GELL. XI. 18, Collat. leg. Mos. et Rom. VII. 2. 3, CIC. pro Mil. 3, QUINCTIL. J. O. V. 14, SENECA controv. X. c. ult. Ipsa decemvirorum verba nobis servata sunt apud MACROB. Saturn. I. 4: „Non esse ab re puto hoc in loco id quoque admonere, quod decemviri in XII

Digitized by Google

furtum factum esset, decemviri jusserunt; servos item furti manifesti prehensos verberibus affici et e saxo praecipitari voluerunt.[5] Quae omnia luculentissime probantur ab A. GELLIO, qui deinde haec celeberrima verba subjungit:

„Ea quoque furta, quae per lancem liciumque concepta essent, perinde ac si manifesta forent, vindicaverunt."

De notione autem hujus furti per lancem et licium concepti ingens inter viros doctos enata est discordia, haecque quaestio non inter Jurisconsultos modo, sed inter Grammaticos etiam et Theologos, ita est agitata, ut vix ullus antiqnitatis Romanae locus inveniri possit, qui tantam diversissimarum conjecturarum opinionumque molem procreasset.

Quod si, missis fontibus, quos nostra demum aetas nobis aperuit, eum controversiae nostrae statum consideramus, quem ante GAJUM feliciter inventum deprehendimus, unus olim erat locus ex omnibus, quotquot nobis supersunt, veterum scriptorum libris, qui notionem furti per lancem et licium concepti exhiberet. Unus autem ille locus est FESTI,[6] cujus haec sunt verba:

„Lance et licio dicebatur apud antiquos, quia qui furtum ibat quaerere in domo aliena licio cinctus intrabat, lancemque ante oculos tenebat propter matrum familiae aut virginum praesentiam.",

Multi sunt, iidemque celeberrimi viri, qui FESTI vestigia secuti hanc putarunt furti p. l. et l. c. indolem, quod, qui rem furtivam in aliena domo quae-

---

tabulis inusitate nox pro noctu dixerunt. Verba haec sunt: „*Si nox furtum factum sit, si im occisit, jure caesus esto.*" In quibus verbis id etiam notandum est, quod ab eo, quod est is, non eum casu accusativo, sed im dixerunt." Cf. Rubr. GELL. lib. VIII. c. 1. — Furem vero interdiu deprehensum non aliter lex XII tabularum occidere permisit, quam si telo se defenderit, cf. GELL. XI. 18, Coll. leg. Mos. et Rom. l. c., CIC. pro Mil. c. 3, l. 54 §. 2 de furt. — Quod GAJUS in l. 4 §. 1 ad leg. Aquil. affirmat, fures nocturnos et diurnos haud aliter impune occidi potuisse, nisi id cum clamore testificatum sit: id non ad legem XII tabularum, sed ad jus posterius spectare, hodie ab omnibus conceditur.

5) GELL. XI. 18. Cf. GAJ. III. 189.

6) Lib. X. v. Lance et licio (ed. MÜLLER p. 117).

Digitized by Google

rere velit, nudus intrare a X viris jubeatur, solo licio cinctus ad pudendas corporis partes detegendas, et lancem prae oculis tenens, ne nudus a feminis cognoscatur, vel, quod alii malunt, ne alienas feminas intueri possit. Quam opinionem v. g. amplectuntur Hotomannus,[7] Rævardus,[8] D. Gothofredus,[9] Scaliger,[10] Gravina,[11] Merula,[12] Averanius,[13] Heineccius,[14] Hoffmannus,[15] Cannegieterus[16] alii. Verum enim vero, si hanc sententiam multis probatam accuratius perpendimus, gravissimae nobis ultro sese offerunt difficultates. Et praemonendum quidem censeo, istum Festi locum, qui solus illis doctis facem praetulit, vel maxime esse suspectum. Quis enim est, qui ignoret, nec Verrii, nec Festi integros libros, elegantissimos certe et doctissimos ad nostram pervenisse aetatem, sed Festi epitomen tantummodo a Paulo quodam christiano pontifice Caroli Magni temporibus factam, qua Festum non solum miserrime mutilavit, sed saepius corrupit etiam, suaque qualiacunque adjecit.[17] In ipso autem nostro loco non Festi verba deprehendi, sed insulsam Pauli farinam, eo verosimilius est, quod id, quod venditat nobis

---

7) Fr. Hotomanni comm. in IV. libr. Inst. jur. civ. Secunda edit. Basil. 1569. p. 331. — Hotomannum in prima editione aliam defendisse sententiam, infra videbimus, cf. not. 35.

8) Jac. Rævardi ad leg. XII tabular. liber singularis. Brug. Flandr. 1563, cap. XXVI de furtis fol. 75 sq. Cf. Rævardi opp. omnia ed. sec. Francof. 1622. Tom. I. p. 112 sqq.

9) Ad §. 4 J. de obl. quae ex del.

10) Ad Fest. l. c.

11) Origines juris civil. lib. II. nr. XLIX. (Lips. 1708. p. 348 sqq.)

12) De legib. Romanor. cap. XVI. nr. 3. (Lugd. Batav. 1684. p. 185 sqq.)

13) Interpretat. jur. lib. II. c. 26. (ed. sec. Lugd. Batav. 1736. p. 298 sqq.)

14) Antiquitat. Rom. jurispr. illustrantium syntagma. lib. IV. tit. 1. §. 13 sqq.

15) Fragmenta XII tabb., tab. II. de furtis c. 3. (in Ejusd. histor. jur. Rom. Just. tom. II. p. 160 sqq.)

16) Observat. jur. Rom. libri IV. Lugd. Bat. 1772. lib. III. c. 20. p. 331 sqq.

17) Sic v. g. Paulum apostolum laudat v. Barbari (ed. Müller p. 86). Cf. generatim Müller Praef. p. XXXII.

tristis ille epitomator de lance lancisque usu, ita jejunum ridiculumque fere est, ut merito miremur, tot tantosque viros hocce commentum amplexos fuisse. Nam si is, qui ad rem furtivam quaerendam in alienam domum intrat, lancem ante oculos tenere jubetur, quomodo mehercules commode qnaerere et investigare potest, qui oculis uti prohibitus est? Et quod addit FESTUS, „propter matrum familiae aut virginum praesentiam" hoc fieri, intelligo quidem, uxorum aut puellarum oculis pudicis hujusmodi lancem vel aliud quid simile haud inepte obtrudi posse, ne nudum virum, solo licio cinctum, videant, sed quare nudus ille oculis velatis intrare necesse habeat, hoc me non intelligere, lubenter confiteor.

Quae quum ita sint, haud mirum esse potest, plerosque FESTI vel PAULI Diaconi auctoritate rejecta, censuisse, totam nostram quaestionem solis conjecturis dirimi posse, indeque ad alias novas sententias exstruendas confugisse. Quarum commode duae classes distingui possunt. Alii videlicet furtum per l. et l. conceptum genus furti esse existimant, quod insigni quodam modo sit commissum, ita ut furtum concipere idem sit ac furtum c o m m i t t e r e seu p e r p e t r a r e, et lanx liciumque instrumenta sint in ipso furando usitata. Alii vero censent, furtum per l. et l. conceptum adesse, si res furtiva solenni quodam et legitimo modo quaesita et inventa sit, ita ut furtum concipere idem sit, ac rem furtivam q u a e r e r e et i n v e n i r e, et lanx liciumque vel adminicula sint vel tamen symbola in quaerendo adhibita. 18) De singulis paucis agamus.

---

18) Singularem sententiam defendit ABR. WIELINGIUS in diatr. de furto per lanc. et lic. concepto. Marb. 1719 (iterum edita in FELLENB. jurispr. ant. tom. II. p. 111 sqq.). WIELINGIUS videlicet putat, furtum concipere idem esse ac rem furtivam v i n d i c a r e, et lancem liciumque ex vindicationis ritu ita fere explicare conatur, ut l a n x libram vel stateram, l i c i u m vero lictorem significet. Sed vir doctus nec illam verbi concipere significationem, nec lancis v. librae usum in vindicationibus ullo testimonio probare, nec etiam nobis persuadere potuit, licium apud antiquos tropice pro lictore usurpatum fuisse. Tota ista WIELINGII opinio ita contorta et absona est, ut quae diligentius refutetur, plane indigna videatur.

Digitized by Google

Et si primo quidem eos aggredimur, qui furtum concipere nil aliud esse, quam furtum committere contendunt, praemonendum erit, hos fere omnes somniasse magis et jocatos esse videri, quam serio, uti decet, nostram quaestionem tractasse. His accensendus est ALEXANDER AB ALEXANDRO,[19]) vir ceterum sagacissimus et non mediocris doctrinae; sed interdum bonus dormitat Homerus! Conjicit videlicet vir ille celeberrimus, fures, qui in alienas penetrassent aedes, saepius licium secum tulisse, quo res furtivas alligarent, et lancem prae oculis, ne innotescerent; et furtum hocce modo perpetratum furtum esse per lancem et licium conceptum, quod propter insignem furis industriam furto manifesto aequiparatum sit. ALEXANDRUM non immerito ridet MARCUS TATIUS ALPINUS,[20]) qui, se ipsi citius crediturum fuisse affirmat, si dixisset, furibus illis praesagam mali mentem fuisse, atque ideo hoc licium secum tulisse pro laqueo, quo suspendi possent, si forte deprehenderentur, ut eo mox rupto in pedes iterum reciderent! Maximopere vero dolendum est, TATIUM, qui sale nigro alios aggreditur, ipsum insulsissimam fere omnium nobis venditasse opinionem. Cum nempe legisset, sacrorum etiam ministros apud Romanos licio cinctos fuisse,[21]) lancesque in sacris quoque fuisse usurpatas,[22]) non dubitat

---

19) Geniales dies lib. VI. c. 10. — ALEXANDRO adstipulatur v. g. PARDULF. PRATEI. XII tabb. leges, l. 72 (in Otton. thes. tom. IV. p. 468).

20) M. TATII ALPINI literar. professoris ad WOLFGANG. HUNGERUM jur. professorem Epistola, in qua furt. per l. et l. conceptum quid sit, aliter quam hactenus explicatur. Basil. 1545 (recusa etiam a Joa. v. d. WATER ad calcem suae Instit. editionis, iterumque edita a MEERM. in thes. tom. VII. p. 799 sqq.).

21) V. g. OVID. lib. I. Fastor.

„Nominis esse potest succinctus causa minister,
„Hostia coelitibus quo feriente cadit."

LUCAN. lib. I. de bello civili:

„Impatiensque diu non grati victima sacri,
„Cornua succincti premerent quum torva ministri."

22) V. g. VIRGIL. lib. I. Aeneid.

„Dona ferunt, cumulantque oneratis lancibus aras."

vir ille bonus, furtum per l. et l. conceptum id fuisse, „quod religionis obtentu impostores, licio succincti quasi sacrificuli, et lancem ad colligendas stipes circumferentes, committerent, eaque furta, quia sacrilegio fuissent proxima, furtis manifestis aequiparata esse.“ Quid mehercules jejunius, quid magis absonum excogitari potest hocce TATII commento? [23]) Ejusdem fere farinae est conjectura KOCHII, Theologi Helmstadiensis, [24]) existimantis, lancem esse stateram s. libram, licium funiculum esse, quo Romani ad res mensurandas usi sint, furtum igitur per l. et l. conceptum illud furti genus esse, „quod falsa statera falsave mensura a mercatoribus commissum sit.“ Utinam hi viri docti, TATIUS KOCHIUS que priusquam de furto per l. et l. disserere constituissent, didicissent, quid furtum sit, et quomodo differat a ceteris criminibus! — Quid denique dicendum de nugis OLDENDORPII et CORASII? Quorum prior [25]) furtum per l. et l. conceptum tunc accipit, si fures, ut furtum tutius expedirent, non aperta facie domum intrassent, sed licio s. filo cincti, lancemque duobus foraminibus aptatam ante oculos tenentes, ut feminae forte obviae terrerentur fugerentque, Posterior [26]) autem, vir alias haud indoctus et de nostro jure civili optime meritus, fures saepius fraudes magicas adhibuisse autumat, indeque

---

lib. II. Georg.

„Hic laticis, qualem pateris libamus et auro
„Lancibus et pandis spirantia reddimus exta.“

23) Attamen nec Tatio defuit adsecla, cum BALDUINUS in prima leg. XII tabb. editione Basil. 1550 et in comm. ad §. 4. J. de obl. quae ex del., hanc ridiculam sententiam adoptaverit. Cf. tamen infra not. 35.

24) CORN. DIETR. KOCH, Theologi Helmstad. disqu. conjectural. qua lex LVIII (!!) duodecim tabular. de furto per l. et l. concepto explicatur, a depravatione Triboniani et ceteror. interpretum vindicatur, legib. divinis confertur. Helmst. 1721 (iterum edita in FELLENB. jurispr. ant. tom. II. p. 195 sqq.).

25) OLDENDORP. comm. ad leg. XII tabular.; in ejusdem var. lectionib. jur. p. 147 sqq.

26) CORAS. miscell. jur. civil. lib. VIII. c. 3 (in Ejusd. opp. Witeb. 1603. tom. II. p. 744). Eandem fere sententiam defendunt RHODIGIN. lib. X. antiqu. lect. c. 6. et FUNGER. in Etymolog. s. v. Licia.

Digitized by Google

furtum per l. et l. conceptum tunc adesse conjicit, si fures licio sese cinxerint ad perturbandas occurrentium mentes, [27]) nam ad magicas superstitiones licii olim magnam vim fuisse, ex Plinio et Virgilio [28]) inter omnes constare. — Taedet jamjam hujusmodi vanos ingenii lusus jejunaque commenta [29]) referre; ea refutare sanus non conabitur.

Omnes, quas hucusque congessi conjecturas, communi eodemque turpissimo laborant vitio, quod furti concepti notionem statuant, quae non solum ex fontibus nostris non erui potest, sed adeo fontibus apertissime contraria est. Quamvis etenim furtum per lancem et licium conceptum nullibi definiatur, unico illo Festi loco excepto, attamen furtum conceptum saepius in juris nostri fontibus memoratur, ejusque notio ibi tam dilucide et determinate exponitur, ut

---

27) Quod ad lancem adtinet, Corasius cum Alexandro putat, fures eam prae oculis tulisse, ne dignosci possint.

28) Corasius laudat Plin. hist. nat. lib. XXVIII. c. 4. et Virgil. Eclog. 8.

29) Huc etiam pertinet absurda opinio Marcilii (legis XII tabular. collecta et interpretamentum cap. 58; in Otton. thes. tom. IV. p. 279), qui novam plane viam ingressus, furtum per l. et l. conceptum acriter distinguit a furto per l. et l. quaesito. Quod ad furtum per l. et l. quaesitum adtinet, Marcilius cum Alciato (cf. infra not. 38) existimat, olim, qui rem furtivam quaerere voluerit, semper lancem ante oculos tenuisse, ne alienas mulieres intueri oculisque suis ipsarum pudicitiae aliquid detrahere queat, et praeterea lictores adhibuisse vel servos publicos, qui omnes licio cincti fuissent, quare per licium nil aliud significare, quam per servum publicum. Hoc ergo esse quaerere furtum per lancem et licium. Furtum per l. et l. conceptum autem tunc adesse, si quis quaerendi ritum imitatus lancem prae oculis tenens et servulo quodam suo quasi servo publico adhibito in alienas aedes quasi furti quaerendi causa intrasset, sed revera furti faciendi gratia hoc totum machinatus esset!! Marcilii sententiam suam etiam fecit Sim. v. Leuwen de orig. jur. p. 258. — Praeterea huc pertinet ridiculum Schwarzii commentum, qui (in monum. ingenior. tom. I. p. 5.) furtum per l. et l. conceptum tunc affuisse existimat, si quis haud ipse quidem furtum fecerit, sed furti fautor tamen eo factus fuerit, quod rem furtivam a fure emisset; nam hujusmodi fautorem lance i. e. libra vel statera uti, ad rei furtivae pretium inquirendum, et medium pretium pro re furtiva praestare, idque verbo licii exprimi, nam licium nil aliud esse atque licitationem! (Similem licii significationem deprehendimus apud Galvanum, vid. infra not. 39.)

Digitized by Google

sine egregia temeritate de eo dubitare non liceat. PAULUS in receptis sententiis [30]) sic loquitur:

„Concepti actione is tenetur, apud quem furtum quaesitum et inventum sit,"

et paullo post [31]):

„Concepti is agere potest, qui rem concepit et invenit."

In GAJI Epitome [32]) haec occurrunt verba:

„Conceptum furtum dicitur, quum apud quem alterum res furtiva inveniatur."

Et ipse denique JUSTINIANUS [33]) noster dicit:

„Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus praesentibus furtiva res quaesita et inventa sit."

Quae omnia luce clarius probant, furtum concipere nil aliud esse nisi rem furtivam quaerere et invenire. Et cum furtum per lancem et licium conceptum haud plane aliud quid esse possit, quam furtum conceptum, sed potius proculdubio furtum conceptum genus sit, cujus species est furtum per lancem et licium conceptum: omnes istae conjecturae, quae alium verbi concipere supponunt significatum, ultro evanescunt.

Quae quum ita sese habeant, exinde ab omni tempore Jurisconsulti et Grammatici solidioris doctrinae, quibus fontes sanctiores fuere vanis jejunisque conjecturis, quamvis ingenii speciem prae se ferant, id semper pro certo affirmarunt, furti per l. et l. concepti notionem ex quaerendi ritu esse repetendam. [34]) Sed in hocce ritu definiendo admodum inter sese dissenserunt viri

---

30) Rec. sent. lib. II. tit. 31. §. 3.

31) L. c. §. 5.

32) Lib. II. tit. 10. §. 2.

33) §. 4. J. de obl. quae ex del. (4, 1). Cf. GAJ. comm. III. 186.

34) Sic etiam A. GELL. XVI. 10 loquitur de „furtorum quaestionibus cum lance et licio," et JUSTINIANUS in §. 4 J. de obl. quae ex del. (4, 1) verba facit de „requisitione

docti. Multis iis praetermissis, qui se totos Festo addixerunt, quorum praestantiores supra jam laudavi, hoc loco [35]) inprimis conjecturae duorum virorum celeberrimorum nominandae sunt, Pet. Pithoei scilicet et M. Aurelii Galvani, qui apud Petronium [36]) exemplum furti per l. et l. concepti deprehendisse opinantur, indeque novas hujusce furti notiones eliciunt. Petronius nimirum narrat, Ascylton quendam Gitona puerum amisisse eumque anxie quaerere, quam quaestionem hisce verbis depingit:

„Dum Eumolpus cum Bargate in secreto loquitur, intrat stabulum Praeco cum servo publico, aliaque sane modica frequentia, facemque fumosam magis quam lucidam quassans, haec proclamavit: Puer in balneo paullo ante aberravit, annorum circa XVI, crispus, mollis, formosus, nomine Giton. Si quis eum reddere aut commonstrare voluerit, accipiet numos mille. Nec longe a praecone Ascyltos stabat, amictus discoloria veste, atque in lance argentea indicium et fidem praeferebat.“

Exinde colligit Pithoeus, [37]) eum, qui furtum solenniter quaerere voluerit, semper viatorem vel lictorem adhibere debuisse, et propterea hujusmodi quaestionem vocitatam esse per licium; lictores nimirum licio cinctos, et secun-

---

rei furtivae secundum veterem observationem,“ quibus verbis Imperator proculdubio ad furtum per l. et l. conceptum spectat.

35) Haud nos moratur absurdissima Fr. Hotomanni conjectura (in comm. ad §. 4 J. de obl. quae ex del.), quippe qui furtum per l. et l. conceptum id fuisse suspicatur, quod sacerdotes licio amicti, et panem Aëtite lapide conditum in lance circumferentes deprehendissent; cum enim teste Dioscoride fures hujusmodi panem devorare non potuissent, facile per Aëtitis oblationem furta detegi potuisse!! Quae opinio insulsissima non displicet Fr. Balduino in secunda edit. comm. XII tabb. cap. 12 (in Heineccii jurispr. Rom. et Att. tom. I. p. 85). — Hotomannum postea aliam eandemque saniorem defendisse opinionem, jam supra vidimus; cf. not. 7.

36) Satiric. cap. 97. ed. Burm.

37) Advers. subsec. lib. I. c. 2. — Pithoei sententiam latius defendit Jo. van de Water observat. jur. Rom. libri III. Traj. Bat. 1713, lib. II. c. 1. p. 106 sqq.

Digitized by Google

dum quorundam veterum opinionem a licio appellatos fuisse, inter omnes constare.[38] Praeterea autem in hujusmodi quaestione moris fuisse, lancem secum ferre, qua reposita esset certa pecuniae summa, ut quis ea alliceretur ad rem furtivam indicandam, et hac ex causa quaestionem illam appellatam esse per lancem. Furtum igitur per lancem et licium conceptum ex Pithoei sententia illud est, „quod a lictore aut viatore licio praecincto, ipso aut alio quolibet comite indicium et fidem in lance praeferente, ex auctoritate magistratus perquisitum inventumque sit.“ — Quod ad lancem adtinet, cum Pithoeo plane consentit Galvanus,[39] qui tamen de licio longe diversam opinionem sequitur. Putat nimirum vir hic sagacissimus, licium fuisse ipsam illam pecuniam lanci impositam; nam licii nomen ad hoc pretium designandum appositissimum esse, exinde apparere, quod et liceri significet pretium offerre, et licitatio pretii oblationem. — Verum enim vero quis est, quin videat, nec hisce conjecturis, doctis sane et ingeniosis, nostram quaestionem ita esse absolutam, ut iis acquiescere possimus? Quis non stupet insignem Pithoei audaciam, qua nobis persuadere vult, vocem licium tropice usurpatam esse pro lictore, quod vix ferendum esset, si revera licium proprium aliquid lictorum fuisset, nunc vero plane intolerabile est, cum sciamus, licium illud neutiquam solis lictoribus usitatum, sed ejus usum etiam aliis frequentissimum, insignemque illam lictorum

---

38) Gell. N. A. lib. XII. c. 3: „Tiro Tullius M. Ciceronis libertus lictorem vel a limo vel a licio dictum scripsit; licio enim transverso, quod limum appellatur, qui magistratibus, inquit, praeministrabant, cincti erant.“ — Jam ante Pithoeum eandem fere sententiam quoad licii significationem amplexus est Andr. Alciat. in Parerg. lib. V. c. 8, qui tamen quoad lancem communem opinionem defendit, „quaerentem eam ante oculos tenuisse, ne qua ex parte matremfamilias mulieresve conspicari possit.“ Alciato se totum addixit Vitus Amerpachius in Epistola ad Andr. Alciat. de furto per l. et l. concepto. Basil. 1549 (iterum edita in Meerm. thes. tom. VII. p. 805 sqq.), quippe qui Alciati opinionem contra M. Tatium Alpinum (vid. supra not. 20) late defendit. — Marcilium etiam et Wielingium eandem licii significationem adoptasse, ex iis, quae supra in not. 18 et 29 monui, apparet.

39) De usufructu dissertationes variae. Cap. XV. nr. 6.

Digitized by Google

vestem non licium sed limum appellatam fuisse.[40] Haud secus autem ac Pithoei audaciam, etiam Galvani temeritatem, qua novam plane et inauditam vocis licii fingit significationem, cujus nec vola nec vestigium in ullo scriptore latino inveniri potest, respuendam esse, neminem profecto fugere potest. Et quod adtinet ad Petronii locum, equidem nullus dubito, quin satiricus ille veste sua discoloria et lance argentea revera quaestioni solenni per lancem et licium alludere voluerit. At profecto poeta nobis non depingere voluit antiquum illum ritum, qui suo aevo jam dudum in desuetudinem abierat; sed eo, quod antiquis illis et solennibus verbis usitatis fabulae suae ridiculae gravitatis speciem induerit, vim ejus comicam mirifice adauctam esse, quis est, quin sentiat? —

Hoc fere statu controversia famosissima de furto per l. et l. concepto ad nostram pervenit aetatem. Ante hos autem viginti quinque annos Gaji institutiones, quas turpissime mutilatas et corruptas antea solum breviarium Alaricianum, quod nominari solet, nobis exhibebat, ex Veronensi Codice summa et vere admirabili industria a Goeschenio descriptas et publici juris factas, novamque exinde lucem omnibus fere juris civilis partibus accensam esse, inter omnes constat. In hoc libro vere aureo haec de furto per l. et l. concepto obviam veniunt verba[41]:

„Prohibiti actio quadrupli ex edicto Praetoris introducta. Lex autem eo nomine nullam poenam constituit; hoc solum praecipit, ut qui quaerere velit, nudus quaerat, linteo cinctus, lancem habens; qui si quid invenerit, jubet id lex furtum manifestum esse. (§. 193). Quid sit autem linteum, quaesitum est, sed verius est, consuti genus esse, quo necessariae partes tegerentur, quare lex tota ridicula est, nam qui vestitum quaerere prohibet, is et nudum quaerere prohibiturus

---

40) Gell. supra not. 38 laud. verb.: „quod limum appellatur."

41) Comm. lib. III. §. 192. 193.

est,[42]) eo magis, quod ita quaesita res inventa majori poenae subjiciatur. deinde quod lancem sive ideo habere jubeat, ut manibus occupatis[43]) nihil subjiciatur, sive ideo ut quod invenerit, ibi imponat; neutrum eorum procedit, si id quod quaeratur, ejus magnitudinis aut naturae sit, ut neque subjici, neque ibi imponi possit. Certe non dubitatur, cujuscunque materiae sit illa lanx, satis legi fieri."

Cui Gaji testimonio accessit aliud adhuc, quo mirifice confirmatur. In Glossis scilicet ad Justiniani Institutiones, quas ex Codice Taurinensi descriptas primus Savignius noster publici juris fecit,[44]) hunc memorabilem deprehendimus locum[45]):

„Ita enim fiebat, ut is, qui in alienam domum introibat ad requirendam rem furtivam, nudus ingrediebatur discum fictile in capite portans, utrisque manibus detentus."

Quibus novis testimoniis, omni suspicione majoribus, ex mea quidem sententia omnia dubia omnesque difficultates, quibus olim quaestio nostra implicita erat, radicitus explosa videntur. Cognoscimus nempe.

Primo, furti per l. et l. quaestionem privatam fuisse. Is, cui furtum factum fuit, ipse proprioque Marte quaesivit, amicis quidem adhibitis,[46]) sed nec lictorum nec aliarum personarum publicarum ulla fit mentio.

---

42) Cod. legit: „nam qu* vestitum quaerere prohibet, is et nudum quaerere prohibitus est," et Goeschen. inde in prima edit. sic scripsit: „nam q u e m vestitum quaerere prohibet [scil. lex XII tabb.], is et n u d u s quaerere prohibitus est," secundum quam lectionem Gajus legem propterea ridiculam nominasset, quia uno tenore jussisset, ut qui quaerere velit, nudus sit, et etiam non nudus. Quae sane legis reprehensio sane absurdissima foret, Sandero suadente in posteriorib. editionib. ea lectio recepta est, quam et ego supra adoptavi. Eam rectissime sese habere, inprimis ex seqq. verb. eo m a g i s rel. apparet, quae alia illa lectione retenta omni sano sensu carerent.

43) Cod. et omnes Editt. legunt: occupantis, quae lectio mihi quidem vel maxime displicet, cum quonam jure is, qui furtum quaerit, o c c u p a n s nominetur, intelligere nequeam. Una litera *n* ejecta omnia optime sese habent.

44) In adpendice libri egregii: Geschichte d. röm. Rechts im Mittelalter, et quidem in 1. edit. in adpend. tom. III., in 2. edit. in adp. tom. II.

45) Nr. 466 ap. Savign. l. c.

46) Gaj. III. 186: „testibus praesentibus."

Digitized by Google

Secundo comperimus ex novis hisce fontibus, eum, qui furtum solenniter quaesierit, revera nudum domum alienam intrare debuisse, solo licio vel linteo cinctum, et hac ex parte igitur Festi vel Pauli testimonium egregie confirmatum est. Hujus vero praecepti aperta ratio est, ne forsitam ipse ille, qui furtum quaereret, rem in sinuosa sua veste absconditam pro furtiva subjicere posset; et eandem consuetudinem, nostris sane hodiernis moribus alienissimam, sed pro antiqua morum simplicitate haud mirandam, deprehendimus etiam apud Graecos. Cujus testis probatissimus est vetus Scholiastes ad Aristophanem, 47) qui sic fere loquitur:

„Moris erat, ut qui in domum alicujus ad investigandum ingredi vellent, nudi introirent, ne sub vestibus occulentes quid clam auferrent, aut ne propter inimicitias illud inferrent, et subjiciendo rem, quam quaererent, hoc modo damnum pararent.“ 48)

Tertio denique lanx etiam lanciisque usus ex Gajo Glossaque Turinensi ita illustrantur, ut ex mea sententia nil obscurum, nil dubium relinquatur. Quamvis videlicet furtum quaesiturus toga deposita nudus domum intret necesse sit, attamen, si parvulae res furto ablatae dicebantur, facile fieri potuisset, ut

---

47) Nub. Act. I. sc. 6. v. 497 sqq. Aristophanes ibi Socratem ita cum Strepsiade colloquentem inducit:

„Σω. Ἴθι νῦν, κατάθου θοἰμάτιον. Στρ. Ἠδίκηκά τι;
Σω. Οὔκ, ἀλλὰ γυμνοὺς εἰσιέναι νομίζεται.
Στρ. Ἀλλ᾽ οὐχὶ φωράσων ἔγωγ᾽ εἰσέρχομαι.“

(Socr. Age nunc, vestem depone. Streps. Num quid mali feci?
Socr. Nihil, sed nudos ingredi leges jubent.
Streps. Atqui ego non ingredior, ut furtum quaeram.)

48) „Ἔθος ἦν, τοὺς εἰσιόντας εἰς οἰκίαν τινὸς ἐπὶ τῷ ἐρευνῆσαι, γυμνοὺς εἰσιέναι, ἵνα μή τι ὑπὸ τὰ ἱμάτια κρύψαντες λάθωσιν, ἢ ἵνα μὴ ὑπὸ ἔχθρας λάθωσιν ὑποβαλόντες τὸ ζητούμενον, καὶ ζημίας αἴτιοι τούτῳ γίνωνται.“ — Eundem quaerendi ritum describit etiam Plato de legib libr. XII (in opp. ex edit. Bipont. vol. IX p. 202). — Similem furti quaerendi observationem etiam apud antiquos Germanos in usu fuisse, monuit Grimm. in: Zeitschr. für gesch. Rechtsw. tom. II. p. 91 sq., et in: deutsche Rechtsalterthümer p. 640 sq.

manibus quaerentis aliquid subjiceretur. Cautissime inde lex praecipit, ut, qui furtum quaerere velit, ambabus manibus lancem vel patinam prae se ferat, ita ut non manibus, sed solis oculis inquirere possit. Optime hoc arguit Glossa Turinensis: „utrisque manibus detentus,“ et adnuit Gajus: „ut manibus occupatis nil subjiciatur.“ Quod vero Gajus addit, praecepti illius rationem forsitam eam fuisse, ut, quod quaerens invenerit, lanci imponatur, hoc proculdubio rejiciendum est, et temere etiam a Gajo dictum arbitror, totam legem ridiculam esse, quia omnis ejus ratio cesset, si res, quae quaeratur, ejus magnitudinis aut naturae sit, ut subjici nequeat; nam, uti eleganter Celsus [49]) ait, „ad ea debet aptari jus, quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt,“ quod etiam Julianus [50]) recantat: „Neque leges, neque Senatusconsulta ita scribi possunt, ut omnes casus, qui quandoque inciderint, comprehendantur, sed sufficit, et ea, quae plerumque accidunt, contineri.“

Summa omnium, quae hucusque disputavimus, haec est. Lex XII tabularum praecipit, ut is, qui rem furto ablatam quaerere velit, nudus solo licio vel linteo cinctus domum alienam intret, et duabus manibus lancem prae se ferat; cujus utriusque praecepti communis est ratio, ne sub quaestionis praetextu aliquid subjici, itaque falsa furti suspicio innocenti moveri possit. Quodsi res furtiva, tali modo, i. e. lance et licio, quaesita, et revera concepta, i. e. inventa est, jubet lex, eum, apud quem sit concepta, eadem teneri poena, atque si in ipso faciendo deprehensus esset. At vero in his X virorum praeceptis nil ridiculi, nil absoni inveniri posse, qui temporis morumque priscorum, ut oportet, respectum habet, haud infitiabitur; et cum omnia haec non conjecturis nitantur, sed certissimis fontium testimoniis confirmentur, sperari poterat, totam istam controversiam de furto per l. et l. concepto inde a Gajo Veronensi invento extinctum iri. Quae vero spes turpiter nos fefellit. At enim hodie haud pauci

49) L. 5 de legib.

50) L. 10 eod.

sunt, qui antiqua commenta Gajo nostro praeferenda censent, v. g. Muehlenbruchius et Thibautius, quorum priori, 51) Festi vestigia prementi, perplacet sententia, lancem intelligendam esse larvam, quam quaerentes vultui aptassent; posterior vero, Thibautius, 52) etiamnum Pithoeo adstipulatus, furti quaestionem per lictorem licio cinctum factam esse contendit. 53) Imo etiam hodie Jurisconsulti reperiuntur, qui innumerabilium fere conjecturarum de furto per l. et l. concepto molem adaugentes, nova et hucusque inaudita excogitarunt commenta, inter quos nominandi sunt Tigerstroemius et Christiansen. Prior 54) pro solita ejus sagacitate, lancem vertit „Lanze," indeque eum, qui furtum quaesierit, hastam, quasi dominii symbolum, secum tulisse odoratur. 55) Christiansen 56)

---

51) Not. 2) ad Heineccii synt. ant. lib. IV. tit 1. §. 19. edid. Mühlenbr. Francof. 1841. p. 607 sq.

52) In libro posthumo: Lehrb. d. Geschichte u. Institut. d. röm. Rechts. Herausgegeben v. Guyet. Berl. 1842, p. 162 sq.

53) Verba viri doctissimi haec sunt: „Die Strafe des furti manifesti traf auch Jeden, bei dem nach feierlicher Nachsuchung die gestohlnen Sachen gefunden wurden. Dies nannte man furtum per lancem et licium conceptum, weil nämlich die Visitation durch nackte Gerichtsdiener (?) geschah, welche blos mit einem Gürtel (licium) bekleidet waren, und ein Becken (lanx) vor sich hielten, nicht, wie Manche glaubten, um damit ihr Gesicht zu bedecken, sondern um darin das die Visitation erlaubende Dekret zu tragen, und dann die gefundene Sache darin zu fassen. Auf diese richtige Erklärung, welche sich durch viele Belege rechtfertigen lässt (?), deutet auch Gajus (??)."

54) Die innere Geschichte d. röm. Rechts, Berl. 1838. §. 128, p. 416 sq.

55) Tigerström. ita loquitur: „Auch nach den 12 Tafeln soll der Haussuchende nackend, nur linteo cinctus sein, dabei eine Lanze führen (lancem habens), Gaj. III. 192, Gell. N. A. XI. 18, XVI. 10, Fest. v. lanx et lic. . . . Die Lanze war bei den Römern vom Kriege her das Symbol des Eigenthums, und wurde als solches bei den verschiedensten Rechtsgeschäften in der früheren Zeit benutzt. Dennoch bemerkt Festus zur Erklärung dieser schon damals zweifelhaften Sitte, dass der Suchende sie vor seinen Augen gehalten habe, wegen der Gegenwart der Mütter und Jungfrauen. Ebenfalls zweifelhaft nennt Gajus es, ob sie den Zweck habe ein Unterschieben zu verhindern, oder die gefundene Sache damit fortzutragen . . .; jedoch sei es nicht zweifelhaft, dass die Art der Lanze keinen Unterschied mache." Sapienti sat!

56) Die Wissenschaft d. röm. Rechtsgesch. im Grundrisse. Alton. 1838. tom. I. p. 183 sqq.

Digitized by Google

vero furtum per l. et l. conceptum tunc affuisse arguit, si res furtivae in eadem adhuc conditione, qua fur eas abstulerit, deprehensae fuerint, si igitur ex corbibus vel saccis nondum fuerint exemtae! 57) Hujusmodi ridiculas absonasque nugas me serio refutaturum esse, nemo profecto desiderabit.

Haec de furto per l. et l. concepto sufficiant.

Verum enim vero praeter hoc furtum per l. et l. conceptum, cui poena furti manifesti, verberatio puta addictioque, injuncta est, saepius in fontibus nostris actio furti concepti memoratur, qua actor poenam tripli persequitur. Testis est GELLIUS, 58) qui sic loquitur:

„Furti concepti, item oblati, tripli poena est,"

et huc etiam pertinet corruptissimus PAULI 59) locus, quem sic legendum censeo:

„Furti concepti actio tripli est poena et ipsius rei restitutio. Furti oblati actio adversus eum, qui obtulit, tripli est poena." 60)

---

57) Christiansen ita scribit: „Manifestum furtum ist nach den 12 Tafeln nicht blos, was concipitur, dum fit, nicht blos, quod eo loco, ubi fit, nicht blos, quod donec perferret eo, quo perferre fur destinaverat, sondern auch noch das, quod lance et licio conceptum est, das, was noch im Korb oder Sack gefunden wird. So lange die Sache noch im Werkzeug des Tragens ist, geschieht das ferre noch, es ist erst vollendet, wenn sie aus diesem heraus genommen ist." Et paullo post: „Wer suchen will, soll nudus, d. h. ohne Toga suchen, und in Gegenwart von Zeugen. Wird die gestohlne Sache gefunden, so ist das furtum conceptum, und eine persönliche Klage auf das Dreifache erworben. — — Wird die Sache aber noch am Leibe des Diebs, unterwegs oder in seinem Hause, noch eingepackt gefunden, lance et licio, so ist das lance et licio oder cum lance et licio conceptum." — — „Die Worte lance et licio sind unbedenklich eine Redensart der alten Sprache, der späteren Zeit unbekannt, uns unübersetzbar; ungefähr wäre es: ein furtum, das noch in Sack und Pack gefunden wird."

58) N. A. lib. XI. c. 18.

59) Rec. sent. lib. II tit. 31. §. 14.

60) Codd. habent: „Furti concepti actio adversus eum, qui obtulit, tripli est poena, et ipsius rei restitutio." Cum autem actio furti concepti nullo modo contra eum, qui obtulit, institui queat, plerique editores, auctore CUJACIO, legere malunt: „Furti oblati actio" rel. Sed nec sic Paulum scripsisse, ex verbis „et ipsius rei restitutio" apparet, cum actione furti

Digitized by Google

Olim omnes fere juris interpretes hanc actionem furti concepti ex Praetoris Edicto ortam esse, poenamque tripli in locum severioris decemvirorum poenae successisse existimabant, et argumentum iis erat, quod eodem fere modo furti manifesti poena asperior in quadrupli poenam mutata esset. Quae vero sententia, omnibus fere probata, aperte per Gajum [61]) refutatur, qui disertis verbis „concepti, ait, et oblati poena ex lege XII tabularum tripli est.“ Si nihilominus plures recentiores, inter quos honoris causa Hauboldum, [62]) Muehlenbruchium, [63]) Thibautium [64]) laudo, illam sententiam etiam hodie amplectuntur, Gajum tempora non satis accurate distinxisse existimantes: tali temeritati [65]) adstipulari equidem non audeo. Cum videlicet Gajus in toto loco de furtis semper accuratissime distinxerit jus antiquum inter et novum, cumque, eum juris etiam antiquitatum haud ignarum fuisse, Institutionum Veronensium singulae paginae luculenter ostendant, mihi quidem, Gajum hoc nostro loco actionem honorariam et actionem civilem ex XII tabulis turpiter miscuisse, plane incredibile videtur, et certissimum mihi est, revera in ipsis XII tabulis duo contenta fuisse praecepta, alterum, quo furto per l. et l. concepto poena furti manifesti irrogata sit, alterum, quod actionem furti concepti in triplum introduxerit. Quae si ita sunt, ultro sese offert quaestio, quaenam inter haec duo ejusdem legis praecepta ratio intercesserit? Quam quaestionem a plurimis recentioribus ne verbulo quidem adtingi, magnopere miror. Qui autem difficulta-

---

oblati rei ipsius restitutio nullo pacto peti possit; et praeterea mirum esset, Paulum nullibi, quod actor actione furti concepti persequatur, exposuisse. Quae omnia si diligenter perpendimus, lectio supra a nobis proposita facile defendi poterit.

61) Gaj. III. 191.

62) In adnotat. ad Heinecc. synt. ant. lib. IV. tit. 1. §. 22 (in edit. Mühlenbruchiana p. 610).

63) Ad Heinecc. l. c. p. 610.

64) Loc. cit. (vid. not. 53) p. 163. lit. c.

65) MUEHLENBR. l. c. non dubitat dicere, „hunc quoque locum esse argumento, minime Gajum attento animo, quin velut oscitantem ac somniantem omnem hanc rem egisse“ (!!).

*

tem exinde oriundam non ignorant, ad eam enodandam duplicem, eandemque maxime diversam viam ingressi sunt. Etenim alteri, v. g. WALTHERUS 66) et UNTERHOLZNERUS, 67) poenam tripli ex lege XII tabularum tunc irrogari existimant, si res furtiva sine omni solennitate, sine lance igitur licioque, quaesita et inventa sit; poenam vero furti manifesti eo casu locum tenere putant, si, urgente suspecto, quaerens ad lancis illam liciique observationem coactus fuerit. Alteri autem, v. q. SCHWEPPIUS 68) et REINIUS 69) eam sententiam acriter impugnant, cum Gajus expressis verbis dicat, „legem XII tabularum praecipere, ut qui quaerere velit, nudus quaerat, linteo cinctus, lancem habens," ex quibus Gaji verbis ultro patere, ex lege XII tabularum nullam plane aliam nisi solennem quaestionem cum lance et licio permissam fuisse. Quare hi viri docti, rejecto solennem inter et minus solennem quaestionem discrimine, furtum per l. et l. conceptum cum addictionis et verberationis poena tunc statuunt, si apud ipsum furem res furtiva inventa sit, furtum conceptum vero cum tripli poena eo casu accipiunt, si non apud furem, sed apud eum, cui a fure res oblata sit, furtum concipiatur. Magnopere autem vereor, ut haec secunda opinio solidis nitatur rationibus, et equidem, solummodo eam, quam primo loco laudavi sententiam defendi posse, nullus dubito. Jamjam ipsa verba apertissime ad discrimen solennem inter et minus solennem quaestionem spectare, quis est, quin videat? Si videlicet furtum conceptum et furtum per lancem et licium conceptum sibi opponuntur, aliudne, quaeso, discrimen inter utrumque ex verbis derivari possit, quam in altero lancem liciumque adhiberi, in altero autem cessare? Quomodo vero hic verborum usus cum adversariorum opinione conciliari queat, haud intelligo; nam si in omni furtorum quaestione lancis

66) Geschichte d. röm. Rechts p. 806.

67) Lehre d. röm. Rechts v. d. Schuldverhältn. tom. II. p. 678. not. r („Die furti concepti actio bezieht sich also auf Haussuchungen in gewöhnlicher Form").

68) Röm. Rechtsgesch. u. Rechtsalterthümer. 2. edit. §. 328.

69) D. Criminalrecht d. Römer von Romulus bis auf Justinian. Leipz. 1844. p. 300.

Digitized by Google

liciique observatio necessaria fuisset, ista verba non sine insigni absurditate ad unam solummodo quaestionis speciem designandam usurpari poterant." Verum non ex verbis tantum, sed ex ipsa etiam rei natura nostra sententia optime probatur. Jam supra enim vidimus, totam lancis liciique observationem ad solam ejus, qui suspectus diceretur, utilitatem spectare, ne scilicet illi facile falsa furti suspicio injici possit. Quae quum ita sint, quid, quaeso, magis naturale esse potest, quam solemnitatem illam, quaerenti maxime molestam et injucundam, non nisi suspectus strenue eam postulaverit, adhibitam esse? et lex, quae nulla suspecti voluntatis ratione habita, quaerenti absolute lancis liciique necessitatem imposuisset, ridicula sane et absurda fuisset. Sicuti autem ipsum discrimen solennem inter et simplicem quaestionem ex rei natura profluit, ita poenarum etiam differentia optime exinde explicatur; nam eum furem vel furis socium, qui tam obstinatae et impudentis sit sceleritatis, ut quaerentem ad odiosam illam lancis liciique observationem coëgerit, jure meritoque multo majori poena affligendum esse, quam alium, qui quaestionem minus solenniter peragendam permiserit, nemo facile infitiabitur. Ut vero ne minimum quidem dubium relinquatur, nostra probatio non ex solis indiciis, perspicuis sane et evidentibus, non ex verbis tantum et rei natura, perfici potest, sed nec deest nobis testis classicus omni suspicione major. Apud Gajum nempe haec invenimus verba:

„qui vestitum quaerere prohibet, is et nudum quaerere prohibiturus est, eo magis, quod ita quaesita res inventa majori poenae subjiciatur,"

quae verba luce clarius probant, etiam minus solennem furti quaestionem a vestito factam veteribus Romanis non incognitam, eaque adhibita furis poenam leviorem fuisse, ac si res furtiva a nudo cum lance et licio quaesita et inventa fuerit. Sed jamjam vereor, ne facem soli admovere videar; qua de causa hoc solum adhuc moneo, alium illum Gaji nostri locum ab adversariis laudatum, nullum nobis facessere negotium. Si nimirum Gaji verba: „hoc

solum [lex] praecipit, ut qui quaerere velit, nudus quaerat" et rel. cum iis, quae antecedunt: „Prohibiti actio quadrupli ex edicto Praetoris introducta, lex autem eo nomine nullam poenam constituit" conjunguntur, quin praeceptum illud XII tabularum ad eum solum casum, si suspectus quaestionem prohibuerit, spectet, dubitari nequit, et nullo igitur pacto ex istis verbis, quaestionem semper, etiam suspecto non prohibente, a nudo cum lance et licio peragendam fuisse, derivari potest. —

Omnibus, quae hucusque disputavimus collectis, haec simplicia decemvirorum praecepta deprehendimus.

Qui rem furto amiserat, eamque a tertio quodam, sive is fur sit, sive alius, detineri suspicabatur, quaestionem privatam sibi permittendam petere poterat. Quae quidem quaestio, suspecto haud refragante, sine omni solennitate, testibus solummodo adhibitis, procedebat, et si res ita quaesita inveniebatur, actio furti concepti tripli locum tenebat. Quodsi vero suspectus quaestionem illam prohibebat, rei furtivae dominus nudus solo licio cinctus lancemque habens quaerere debebat, et si res ita solenniter quaesita concipiebatur, is, apud quem inventa erat, eadem poena, atque si furto manifesto deprehensus esset, affligebatur.

Sed quid, si suspectus solennem quoque istam furti quaestionem prohibuisset? Quod facile fieri potuisse, Gajus [70]) verbis istis jam supra laudatis „qui vestitum quaerere prohibet, is et nudum quaerere prohibiturus est" satis aperte indicat, et praeterea affirmat, legem XII tabularum eo nomine nullam poenam constituisse, sed actionem furti prohibiti ex edicto demum Praetoris introductam esse. [71]) Quod equidem vix crediderim. Concedendum est quidem Gajo, a decemviris de nostro casu disertim nil cautum fuisse; persuasissimum vero mihi est, ex mente et sententia legis necessario hoc profluxisse praeceptum, ut, qui omnem omnino quaestionem prohibuisset, eadem poena, atque

70) Gaj. III. 193.

71) Gaj. III. 192.

Digitized by Google

si furtum per lancem et licium apud eum conceptum fuisset, affligeretur. Quin igitur prohibitum furtum jam ex XII tabularum jure furto manifesto aequiparatum fuerit, nullus dubito. Cum deinde Praetor novam furti manifesti poenam, quadrupli scilicet, introduxisset, consequens erat, ut et furti prohibiti poena mutaretur; et hocce sensu accipiendum est, quod Gajus affirmat, actionem furti prohibiti quadrupli ex Praetoris edicto introductam esse. Nil plane novi Praetor constituit, sed furto prohibito novam tantummodo furti manifesti poenam adaptavit. —

Sed merito vereor, ne ipse ego longius loquendo manifesto patientiae vestrae furto deprehendar. Quare hic jam insistens ad ea convertam, quae mihi loquendi opportunitatem praebuerunt, breviter tamen more consueto praemissis, quae memoratu digna anno praeterlapso Academiae nostrae acciderunt:

Atque omnium primum illud commemorandum est, etiam hoc anno insignem Serenissimi nostri Principis, LEOPOLDI, munificentiam ac benevolentiam nobis non defuisse, cujus egregium documentum eo inprimis exhibuit, quod Academiae nostrae Curatoris munus gravissimum contulerit viro clarissimo atque humanissimo DAHMEN, consiliario intimo et quae sunt reliqua, quem praesentem justis meritisque laudibus extollere modestia prohibet. Id unum dicam, virum hunc gravissimum nostrarumque rerum promovendarum cupidissimum magna et egregia jam perfecisse, majora vero moliri, quae ut ad faustum producantur exitum, omnes, qui Almae nostrae Ruperto-Carolae salutem cordi habent, intime exoptant.

Praeterea serenissimi nostri Principis egregia erga nos munificentia et liberalitas eo etiam apparuit, quod haud paucorum Professorum vel salaria vel honores clementissime adaucta sint.

In ordine Jurisconsultorum ZŒPFL consiliarius aulicus nominatus est, egoque inter equites ordinis Leonis Zaringiae receptus sum. — In ordine Medicorum HENLE et PFEUFER consiliarii aulici creati sunt; CHELIUS eo est honoratus, quod insignibus majoribus ordinis Leonis Zaringiae, quae

jam olim ipsi concessa fuerunt, nuper argentea stella adhuc accesserit; GMELIN et PUCHELT ejusdem ordinis equites renunciati sunt. In ordine Philosophorum RAU, qui hucusque ab aulae consiliis intimis fuit, consiliarius intimus, BRONN et GERVINUS consiliarii aulici nominati sunt; SCHLOSSER majora insignia ordinis Leonis Zaringiae accepit, BÆHR inter ejusdem ordinis equites est receptus.

Professores extraordinarii facti sunt HAGEN, HÆUSSER et WEILL; prosectoris munus adeptus est NUHN; qui omnes hucusque privatim apud nos docebant.

In privatim docentium numerum in ordine Medicorum BRUCH et RAU; in ordine Philosophorum SCHIEL et PETRASI recepti sunt.

FRIDERICUS CREUZER, senex ille venerabilis septuagenario major, qui jam per octo lustra et quod excedit, summum Academiae nostrae est decus, docendi et seminarii philologici dirigendi munere sese abdicavit, cujus in locum BÆHR seminarii philologici director nominatus est.

Morte nobis ereptus est DIERBACH, vir doctissimus, in docendo diligens, in scribendo diligentissimus, qui per quinque lustra Professoris Medicinae extraordinarii munere apud nos functus est.

Discessit etiam a nobis EDUARDUS ZACHARIÆ A LINGENTHAL, Caroli Salomonis nostri filius, vir in toto jure civili versatissimus, inprimis vero de juris Graeco-Romani fontibus egregie meritus, qui ab Academiae nostrae strepitu effugiens, Professoris juris extraordinarii munere deposito, Tusculanum suum petivit.

Amisimus praeterea AUGUSTUM MUNCKE, collegae conjunctissimi filium, juvenem Gallici inprimis juris consultissimum, qui, quum hucusque jus apud nos privatim docuisset, nuper Carlsruham collegii forestalis Assessor vocatus paullo post praematura morte carissimis parentibus ereptus est.

Digitized by Google

Discessit denique a nobis vir consultissimus LŒWIG, qui per sex fere annos judicis academici munere egregie functus, nuper Mannhemiam, ut tribunali superiori, quod ibi floret, consiliarius adsit, honorifice vocatus est. —

Bibliothecae copiae hoc quoque anno multis novorum librorum accessionibus auctae sunt; haud paucos etiam libros dono accepimus, insigni liberalitate societatis naturae curiosorum aliorumque virorum doctorum, qui de nobis bene sunt meriti. Quibus omnibus ita, ut par est, hoc solenni loco debitas agimus gratias. —

Commilitonum numerus etiam hocce anno admodum auctus est, cum, quod raro hucusque accidit, hoc uno anno sexcenti fere novi cives academici a nobis recepti sint, quorum in numero etiam CAROLI FRIDERICI nepotem inveniri, admodum laetamur. Quod autem plus est, commilitones dilectissimi morum etiam integritate diligentiaeque assiduitate ita excelluerunt, ut hac ex parte nostram Ruperto Carolam a nulla literarum universitate, quotquot sint, superari persuasissimum mihi sit.

Properamus in finem. Venimus jam ad quaestiones et praemia.

Ordini Medicorum una responsio ad quaestionem propositam:

„Quinam humores animales continent acidum aceticum et acidum lacticum, quive iisdem carent?“

tradita, eaque insignita est his verbis:

„Seh' ich die Werke der Meister an,
So seh' ich das, was sie gethan;
Betracht' ich meine Siebensachen,
Seh' ich, was ich hätt' sollen machen.“

GŒTHE.

Auctor summa cum diligentia et assiduitate plurimis experimentis chemicis bene institutis comprobavit, acidum aceticum in sanguine, saliva, succo gastrico et urina deficere, ejusque vestigia tantum in lacte et felle comparere; deinde

idem, num acidum lacticum in sanguine, lacte, urina, saliva et felle contineatur in dubium vocavit, sed in succo gastrico (canis) aut illud, aut aliud simile acidum magna copia invenit. Praeterea auctor iis sedulo collectis, quaecunque ab aliis de hac re observata et cogitata sint, justo modo cognoscit, quaevis illius quaestionis hisce temporibus sit ratio et conditio. Quae quum ita sint, auctor quidem quaestioni propositae non omni modo satisfecit, et fortasse ob rei difficultatem ei satisfacere vix potuit, attamen multum contulit ad eam solvendam. Quare ordo Medicorum opus praemio dignum, eoque ornandum esse decrevit.

Aperta schedula nomen auctoris legitur:

THEODOR A DUSCH,

BADENSIS.

Ordo Philosophorum anno praeterlapso hanc quaestionem proposuerat:

„Disseratur de satira M. Terentii Varronis, satirarum fragmentis accuratius examinatis.“

Una commentatio oblata est, his poetae verbis inscripta:

„Audendum est; fortes adjuvat ipse Deus.“

Auctor commentationis quaestionis vim et ambitum bene perspexit, argumentum recte disposuit atque accurate singulas partes persecutus est. Nam priori operis parte de satirae Varronianae forma, de tempore, quo Satirae scriptae videntur, probabiliter exposuit, altera parte de consilio atque argumento Satirarum subtiliter disseruit ac denique ipsum scribendi genus dijudicavit, veterum scriptorum locis, qui huc pertinent, allatis atque arte critica adhibita tractatis. Quamquam sunt, quae desiderari queant, auctorem tamen hujus commentationis praemio ornandum esse Philosophorum ordo censuit.

Schedula reclusa exhibet auctoris nomen:

BERNARDUS JÜLG,

BADENSIS.

Digitized by Google

Ad quaestiones ab ordine Theologorum et Jurisconsultorum propositas neminem respondisse, maximopere dolemus. —

In proximum annum a singulis ordinibus hae proponuntur quaestiones:

Ordo Theologorum postulat:

„Explicentur novi Testamenti loci de sacerdotali omnium Christianorum dignitate ac munere (1 Petr. II, 5. 9. 10. Apocal. I. 6 rel.), addito epimetro de hac sententia ad ecclesiae notionem consituendam varie adhibita."

Ordo Jurisconsultorum quaerit:

„Quaenam sunt principia ad decidendas controversias circa onus probandi in processu civili?"

Ordo Medicorum vult disseri:

„De dolore, ejusque tum natura et origine, tum varietate et significatione, nec non de anodynis, eorumque modo agendi."

Philosophorum Ordo has duas quaestiones proponit, alteram historici argumenti:

„Triginta tyrannorum, qui dicuntur, inprimis Odenathi atque Zenobiae, historia secundum auctorum, numorum et inscriptionum testimonia scribatur,"

alteram e re rustica desumtam:

„Praedia rustica in campis late dispersa multo minori commodo coli quam vicina et continentia, inter omnes constat. Quum vero singula praedia, quae quisque possidet, aestimando et permutando conjungi possint, idque ipsum tamen rarius apud nostrates effici videamus, varia eaque gravia hujus operis impedimenta adesse concludimus. Itaque Ordo postulat, ut inquiratur in causas, quae illam agrorum permutationem (Arrondirung, Consolidirung) impediant, et in remedia, quibus haec impedimenta amoveantur."

Digitized by Google

Hanc quaestionem tractantibus usus germanicae linguae conceditur.

Habetis ergo, commilitones dilectissimi, argumenta vestris ingeniis vestrisque studiis dignissima. Campus jam est apertus; frequentes descendite in arenam, juvenes! Praemia non deerunt. —

Quod reliquum est, pia nuncupemus vota pro LEOPOLDO, magnificentissimo Academiae Rectore. Deum optimum maximum devotissima mente adoramus, ut Principem clementissimum, patriae patrem, cum tota sua domu augusta, quam diutissime salvum et incolumen servet.

Dixi.

Digitized by Google

Law

18

DE

DIVISORIBUS ET SEQUESTRIBUS,

AMBITUS APUD ROMANOS INSTRUMENTIS,

PARSONS LIBRARY
University of
MICHIGAN

DISSERTATIO,

QUAM

JUSSU ET AUCTORITATE AMPLISSIMI PHILOSOPHORUM
HEIDELBERGENSIUM ORDINIS

AD SUMMOS IN PHILOSOPHIA HONORES RITE OBTINENDOS

SCRIBEBAT

FRIDERICUS HENRICUS WEISMANN,
MOENO-FRANCOFURTANUS.

HEIDELBERGAE,
TYPIS GEORGII REICHARDI.
MDCCCXXXI.

Digitized by Google

Digitized by Google

De divisorum apud Romanos agendi ratione vivendique conditione quum inter VV. DD. nondum satis convenerit, non inutile fore mihi visum est, perpensis atque ponderatis omnibus, quos investigare possem, veterum scriptorum locis hanc rem illustrantibus de propriâ vocis vi ac significatu quam accuratissime inquirere ejusque rei disquisitionem pro virili parte ad finem perducere. Multum enim illos valuisse in comitiis Romanis magnumque damnum reipublicae administrandae attulisse negari nequit. Et hoc quoque extra omnem dubitationem positum esse puto, divisores fuisse eos, quorum operâ hi, qui vel summos in civitate magistratus gerere, vel multum in republicâ valere, vel denique rei facti poenae se subducere cuperent, ad populum judicesve per largitionem demulcendos atque captandos uterentur. Extremis enim reipublicae temporibus quum jam paullatim evanesceret prisca Romanorum virtus majorumque fortissimorum atque integerrimorum memoria in oblivionem abiret, nec summa morum probitas nec maxima de republica merita fere quidquam amplius valebant ad summos honores adipiscendos, sordidae tantum largitioni vilique adulationi omnia patebant. Quem corruptissimum reipublicae statum vehementer deplorat Q. Cicero in eâ, quam ad fratrem de petitione consulatus scripsit, epistolâ, quum in hoc vel maxime vitiosam esse civitatem ait, quod largitione interpositâ virtutis ac dignitatis oblivisci soleat (XIV. 5); et hic quidem de comitiis; judiciorum vero quanta fuerit avaritia, multi ipsius Marci Ciceronis loci abunde demonstrant.

Notissimum est C. illius Verris judicium, quem, quum aperte prae se ferret: „nihil esse tam sanctum, quod non violari, nihil tam munitum, quod non expugnari pecuniâ posset", fortasse ne ipsius quidem Ciceronis vis, gravitas, ingenuusque in dicendo ardor frangere potuisset, hominem nimirum vel ipsâ stirpis nobilitate gratiosum cujusque rationibus consules quoque designati operam navarent, nisi eâ jam tum judicia invidiâ flagrassent, ut fere absolvi reus sine corruptionis specie non posset. „Inveteravit enim, accusator inquit Cicero (Act. I, c. 1), opinio perniciosa reipublicae vobisque (judicibus) periculosa, quae non modo Romae, sed etiam apud exteras nationes omnium sermone percrebuit, his judiciis, quae nunc sunt,

pecuniosum hominem, quamvis sit nocens, neminem posse damnari", seque ait illi causae cum summâ voluntate et exspectatione populi Romani actorem accessisse, non ut augeret invidiam ordinis, sed ut infamiae communi succurreret: adduxisse enim hominem, in quo reconciliare existimationem judiciorum amissam, redire in gratiam cum populo Romano, satisfacere exteris nationibus judices possint. Ordinem dicit Senatum, ad quem judicia redierant temporibus Sullanis, funestissimâ illâ libertatis populi Romani clade, quâ quum factiosae et corruptae nobilitati omnia cessissent, eum in statum respublica incidit, ut, quod ait Cicero de Republ. I. 31, verbo quidem liberi essent omnes, ferrent suffragia, mandarent imperia, magistratus ambirentur, rogarentur; sed ea darent magis, quae etiam si nollent, danda essent, et quae ipsi non haberent, unde alii peterent; expertes essent imperii, consilii publici, judicii delectorum judicum, quae familiarum vetustatibus aut pecuniis ponderarentur. Antea enim, quum ex lege Semproniâ equester ordo judicaret, annos prope quinquaginta continuos, in nullo judice equite Romano judicante ne tenuissimam quidem suspicionem acceptae pecuniae constitutam esse idem (Act. I in Verr. c. 13) testatur; judiciis ad senatorium ordinem translatis sublatâque populi potestate, tanta corruptionis vis ingruit, ut longa ibidem nobilissimorum nominum series exstet, quibus pecuniam ob rem judicandam datam esse apparuerit, inveniretur que senator, qui quum judex esset, in eodem judicio et ab reo pecuniam acciperet, quam judicibus divideret, et ab accusatore, ut reum condemnaret. Scilicet ille is Senatus fuit, in quem, exstinctis per diuturna bellorum civilium detrimenta, C. Marii primum crudelitate, mox proscriptione Sullanâ, praestantissimis reipublicae luminibus, perditissimus quisque ex Sullanâ illâ cohorte irrepserat, homines luxuriae, rapinae, civium sociorumque vexationi per longum usum assueti, ex eo denique genere, quorum plurimos postea, quum ob varia probra Censoriis notis Senatu moti essent, cum Catilinâ ad reipublicae perniciem conjurasse novimus. Adeo tamen late per pessima illorum temporum exempla morum corruptela disseminata fuerat, ut ne sublatis quidem legibus Sullanis mutatâque eodem illo, quo in Verrem Cicero dixerat, anno per Cn. Pompejum Cos. judiciorum descriptione, pristina probitas morumque integritas rediret, nec Equites postea, nec Tribuni aerarii, quos aeratos haud inficete Cicero appellat (Epist. ad Attic. I. 16. 2), quibuscum judicia tum communicata sunt, a corruptionis infamiâ immunes se praestarent. Exemplo sit Catilinae causa, qui quum post reditum ex Africâ, quam ex praeturâ provinciam obtinuerat, repetundarum peteretur Torquato et Cottâ Coss., cum summâ Senatus et bonorum omnium indigna-

tione absolutus est, ita tamen, ut, Q. Cicerone teste (de pet. Consul. III. 3), ipse tam egens e judicio discederet, quam quidam judices ejus ante illud judicium fuissent (cf. et Sallust. Catil. c. 18; Cic. pro Caelio c. 4; Ascon. Pedian. ad Orat. in toga cand.); Clodiique judicium illud emtum constupratumque, ut M. Cicero appellat Epist. ad Att. I. 18, 3, quum „maculosi senatores, nudi equites, tribunique vere aerarii" (ibid. 16. 2) in medio sole non lucere judicarunt; qui quum antea simulatâ severitatis specie praesidium sibi constitui a Senatu postulassent, facete Catulus: „an, inquit, ne numi vobis eriperentur, timebatis?"

Comitia creandis magistratibus quando ea lues invaserit, non satis constat; sero tantum paullatimque invaluisse auctor est Plutarchus in V. Coriol. c. 14, loco satis notabili: *ὀψὲ γὰρ μετὰ πολὺν χρόνον ὠνὴ καὶ πρᾶσις ἐπεισῆλθε καὶ συνεμίγη ταῖς ἐκκλησιαστικαῖς ψήφοις ἀργύριον —— φαίνεται δὲ κρύφα καὶ κατὰ μικρὸν ὑποῤῥέον οὐκ εὐθὺς ἐν Ῥώμῃ ἔκδηλον γενέσθαι τὸ κακόν.* Quamquam prius quam ipsa judicia suffragia populi corruptioni obnoxia fuisse pro certo affirmare licet; sicut Athenis quoque multo demum postquam plebes largitione corrumpi coepisset, Ol. XCII. 4 primum judicum corruptionis exemplum in Anyti causâ exstitit (Diodor. Sic. XIII. 64). Et de ambitu quidem jam anno ab U. C. 398 lata est lex Poetelia; quae tamen num largitionem quoque honorum adipiscendorum causâ factam spectaverit, ignoramus; novorum tantum hominum ambitioni, qui nundinas et conciliabula adire solerent, reprimendae latam tradit Livius VII. 15. Baebiam Aemiliam demum, quae a. 571 lata est (Liv. XL. 19) ad corruptiones quoque suffragiorum pertinuisse Sigonius (de Iudic. l. II. c. 30 sive de ant. jure pop. Rom. T. II, p. 649) et Heineccius (Synt. Antiqu. l. IV, t. 18, n. 78, p. 806 ed. Haubold.) ex Nonio colligunt, qui (p. 470 Mercer.) ex eâ Catonis oratione, quâ, ne illa lex derogaretur, dissuasit, haec verba citat: „pecuniam tibi inlargibo". Sequitur Cornelia Fulvia a. 594 lata (Liv. Epit. l. XLVII), quam quod Sigonius primam capitali poenâ sanxisse ait, ne suffragia donis ac pecuniâ emerentur, conjecturâ tantum nititur, neque quidquam praeterea de eâ audimus. Optime enim idem ille summus antiquitatum populi Romani auctor statorque intellexit, vix antea increbrescere suffragiorum corruptiones potuisse, quam primum a. 614 lege Gabiniâ tabellariâ institutum esset, ut in magistratibus creandis non voce cives sed tabellis uterentur, aliae deinde succederent, quae omni ratione suffragia tegerent, ne quis inspiceret tabellam, ne rogaret, ne appellaret; pontes adeo lege Mariâ angustiores facti essent (Cic. de Legg. III. 16 et 17). Quas etsi populus, oppressus dominatu ac potentiâ princi-

Digitized by Google

pum, flagitasset (ibid. c. 15), semperque tabella quasi vindex libertatis gratissima illi fuisset, quippe quae, ut ait Cicero pro Plancio c. 6, frontes aperiat hominum, mentes tegat, detque eam libertatem, ut quod velint faciant, promittant quod rogentur; facile tamen intelligitur perniciosissimum fuisse tam pronis ad omnem libidinem levitatemque temporibus, latebram dari populo, in quâ, bonis ignorantibus quod quisque sentiret, vitiosum suffragium tabellâ occultaretur; quod etiam Montesquieu judicio suo confirmat, quum scribat (Esprit des loix II. 2): „Dans la république Romaine, en rendant les suffrages secrets, on detruisit tout; il ne fut plus possible d'éclairer une populace qui se perdoit." Et judicum quoque tabellas fuisse nota res est; illic licet adeo postremo in contrarium mala fides grassaretur et velut ipsa se superaret, ut ne tutos quidem se ipsi, qui corrupissent, ab eorum, quos ad fraudem faciendam comparassent, fraude praestare posse arbitrarentur, nisi aut ostenderentur certis in consilio tabellae, aut discoloribus ceris insignitas judices acciperent, ut timeret unus quisque eorum, ne fidem pactionis non servasse videretur; cf. Cicer. Divin. in Caecil. c. 8 c. not. Ascon. Pediani; Act. I in Verr. c. 13; ad Divers. I. 9; Symmach. Laudd. in Patres III, p. 40 ed. princ. Mediol.

Non est cur reliquas de ambitu coërcendo leges singillatim recenseamus, quum de iis ab Sigonio et Heineccio ll. ll., Ernestio quoque in Indice Legum Clavi Cicer. praefixo, satis superque disputatum sit; quae etsi singulis fere lustris, auctâque semper majorem in modum poenae atrocitate sancirentur, coërcere tamen malum non potuerunt, quod ad nobilissimos gratiosissimosque in republicâ homines pertineret, cujusque interdum ne ipsi quidem legis latores immunes essent; id quod in primis in C. Calpurnio Pisone et M? Acilio Coss. a. 686 apparuit, qui et ipsi ambitus suspicione aspersi nisi coacti a C. Cornelio Tr. Pl. vocem illam reipublicae salutarem non misissent. Cf. Ascon. Pedian. ad Fragm. Cic. Orat. pro Cornel. et Dion. Cass. XXXVI. 21: *ἔπραξαν δὲ τοῦθ' οἱ ὕπατοι οὐχ ὅτι καὶ ἤχθοντο τῷ πράγματι· αὐτοὶ γὰρ διασπουδάσαντες ἀπεδείχθησαν καὶ ὅ γε Πίσων καὶ γραφεὶς ἐπὶ τούτῳ καὶ πρὸς ἑνὸς καὶ πρὸς ἑτέρου τινὸς ἐξεπράξαντο τὸ μὴ κατηγορηθῆναι· ἀλλ' ὅτι ἠναγκάσθησαν ὑπὸ τῆς γερουσίας· αἴτιον δὲ ὅτι Γαΐός τις Κορνήλιος δημαρχῶν πικρότατα ἐπιτίμια τάξαι κατ' αὐτῶν ἐπεχείρησε καὶ αὐτὰ καὶ ὁ ὅμιλος ᾑρεῖτο κ. τ. λ.* Tantum enim aberat, ut per cladem illam, quam Sullanâ victoriâ plebis licentia acceperat, modus illi rei imponeretur, ut inde demum palam et immodeste grassari ambitum videamus. Homines enim nobiles et pecuniosi, quibus illâ victoriâ haud dubie summa in republicâ potentia cesserat, quum velut hereditario jure summos sibi

Digitized by Google

honores deberi a populo arbitrarentur, puderetque nepotes, si non ad idem potestatis fastigium pervenirent, quo patres avosque suos fuisse longâ imaginum serie intelligerent (cf. v. c. Cic. pro Plancio c. 6 et 21), neque tamen luxurie et inertiâ corrupti atque degeneres propriis illud virtutibus assequi possent, in largitione tantum turpissimisque artibus ambitionis spem habebant. Plebes autem, quae, etsi libertatis nomen tribuendorumque honorum jus retinuisset, re tamen ipsâ fracta et dissipata capitibusque suis orbata, raro tantum virum aliquem fiduciâ suâ dignum inveniret, quem, velut M. Ciceronem, honoribus suis ultro ornaret, sensim sensimque totam se turpissimae illi ambitioni obnoxiam praebuit. Unde factum est, ut inter quaestiones perpetuas, quae inde a saeculo post u. c. septimo habebantur, de ambitu quoque quaestio haud extremo loco esset. Licet enim Q. Cicerone teste (de pet. Consul. XIV. 8) nulla comitia tam inquinata largitione essent, quibus non gratis aliquae centuriae renuntiarent, tamen etiam nulla omni ambitu carebant, tamque turpi interdum et caeco, ut eligerentur aliquando, qui ipsi, ut ait Cic. ad Att. I. 19. 4, plane quid emissent, nescirent; eamque res turpissima vim accepit, ut ipse ille integerrimus omnium morumque severitate conspicuus M. Cato necessitate coactus e republicâ fieri judicaret, quum optimi cives ad dejiciendum de Consulatu Caesarem pecunias conferrent; cf. Sueton. V. Caes. c. 19.

Neque enim hoc loco sermo nobis est de legitimâ illâ ambiendi petendique ratione, quae, ut verbo, ita re quoque et usu a turpi legibusque prohibito ambitu distabat; quum per integrum fere antequam comitia haberentur annum candidati quotidie supplices plebi circa forum eundo, assidue prensando, appellando, blandiendo, quantum fieri posset omnium sibi animos voluntatesque conciliare et propitios reddere studerent; quâ de re quum peculiaris ille Q. Ciceronis ad M. fratrem commentarius exstat, tum a Carolo Sigonio reliquisque, qui de antiquitatibus populi Romani scripserunt, affatim expositum est. Quae etsi nobis quidem gravissimi cujusque viri dignitati minime convenire videantur, et jam tum quibusdam minus convenire visa sint, necessaria tamen esse eo in populo, qui comitiis non semper judicaret, sed gratiâ plerumque moveretur, adeoque etiam si judicaret, non delectu aliquo et sapientiâ duceretur ad judicandum, sed impetu nonnumquam et quâdam etiam temeritate, vel sapientissimi intellexerunt, qui, ut ait Cicero (pro Plancio c. 4), semper ea, quae populus fecisset, ferenda, non semper laudanda duxerunt. Et de convenientiâ quidem alicujus actionis ex hominum tantum moribus et consuetudine, de turpitudine ex aeternis recti honestique legibus judicari oportet. Quapropter sedulo videndum

Digitized by Google

nobis erit, ut ea, quae quamquam minus graviter, honeste tamen cuivis facere licuerit, distinguamus ab iis, quae non nostro tantum, sed omnis aevi bonorum consensu damnata sint. Idque de iis quoque valet, quorum operâ candidatos in ambiendo usos esse audimus. Quid enim honestius suffragatione illâ, quum candidatorum amici, ut se ipsum narrat Cicero pro Plancio c. 10, appellarent populum tributim, summitterent se et supplicarent, ultro etiam pollicentes rogarent, merita illorum tum in se tum in rem publicam collata cum publicâ testificatione commemorarent? Quid sollemnius sectatorum frequentiâ, quorum etsi numerus interdum quamvis repugnantibus hominibus coërceri tentatus sit, res tamen ipsa, modo merces abesset, semper innocens habebatur; cf. Cic. pro Murenâ c. 34. Alios defenderat candidatus, pro aliis spoponderat, in bello alios servaverat, saucios recreaverat, captivos liberaverat, alios in operas miserat, aliis aliter benigne fecerat; hos omnes illius petitioni favere non turpius ipsis habebatur, quam illi eos sibi beneficiis devinxisse. Hinc Cicero in orat pro Plancio c. 16: „dubitatis, inquit, quin eas tribus, in quibus magnas necessitudines habet Plancius, judicarit *officiis* ab hoc observatas, non *largitione* corruptas?" mox c. 18: „quid diceres? *sequestremne* Plancium? respuerent aures, nemo agnosceret; an *gratiosum*? illi lubenter audirent, nos non timide confiteremur. Noli enim putare, Laterensis, legibus istis, quas Senatus de ambitu sanciri voluit, id esse actum, ut suffragatio, ut observantia, ut gratia tolleretur: semper fuerunt boni viri, qui apud tribules suos gratiosi esse vellent"; et c. 19: „Ego Plancium et ipsum *gratiosum* esse dico et habuisse in petitione multos cupidos sui gratiosos; quos tu si *sodales* vocas, officiosam amicitiam nomine inquinas criminoso." Eas demum videmus consensiones, quae honesto magis quam vero nomine, ut ait Cicero ibidem c. 15, *sodalitates* sive *sodalicia* appellarentur, et turpes et legibus prohibitas fuisse. Nam per illos annos, Q. Cicerone teste (V. 5), homines ambitiosi vehementer omni studio atque operâ laborarunt, ut possent a tribulibus suis ea, quae peterent, impetrare; quas quidem „civium ad ambitionem gratiosissimorum sodalitates" ne a turpissimis quidem ambitus instrumentis abstinuisse adeoque plerumque ipsius largitionis causâ coisse, quum ex SCto apparet, quod a. 697 factum Cicero refert Epist. ad Qu. Fr. II. 3. 6: „ut sodalitates decuriatique discederent, lexque de iis ferretur, ut, qui non discessissent, eâ poenâ quae esset de vi tenerentur", tum ex lege Liciniâ, quae jam eodem illo anno, quo Verrem Cicero accusavit, u. c. 683, de sodalitiis lata erat, nimirum, ut verbis utar scholiastae Vaticani in Plancianam, quem ante hoc triennium A. Majus Romae primus edidit, „ut severissime quaereretur in eos candidatos,

Digitized by Google

qui sibi conciliassent, eâ potissimum de causâ, ut per illos pecuniam tribulibus dispertirent ac sibi mutuo eadem suffragationis emptae praesidia communicarent". Quâ de lege Ed. Wunderus in Prolegomenis ad praeclaram suam Plancianae editionem (Lips. 1830 apud Hartmannum, 4) p. LXXII seqq. tam accurate egit, ut remittere illuc lectores possim; illud quoque recte contra Manutium Graeviumque monuit, haud confundendam cum sodalitate *coitionem*, quae inter ipsos candidatos fieret, ut v. c., ut uno tantum, quod praetermis it ille, exemplo utar, Asconio teste in Argum. Orat. in Toga Cand., Catilina et Antonius ad depellendum consulatu Ciceronem coierant; quas tamen et ipsas jam multo ante (Liv. IX. 26) adversus Rempublicam esse Senatus censuerat; largitionis ope usas esse luculentissimus probat Ciceronis locus Epist. ad Qu. Fr. II. 15: „Ambitus redit immanis; nunquam fuit par: Idib. Quinct. foenus fuit bessibus ex triente coitione Memmii, quam cum Domitio fecit, Scaurum ut vinceret"; cf. ad Attic. IV. 15. 7. Utriusque igitur communia instrumenta divisores et sequestres erant, quorum tantum ad eam rem momentum erat, ut Q. Cicero haud dubitaret pronuntiare (XIV. 9), si sequestribus metus injiceretur, divisores ratione aliquâ coërcerentur, perfici posse, ut largitio aut nulla fieret aut nihil valeret; Marco quoque fratre astipulante, qui in Orat. pro C. Corn. (p. 24 Fragm. Schütz.) populum Romanum ait, quum ambitum videret, et a tribunis plebis doceretur, nisi poenâ accessisset in divisores, exstingui eum nullo modo posse, legem Cornelii flagitasse etc. Quare operae pretium me facturum arbitror, si in eorum hominum negotia differentiamque tum inter se tum cum ceteris operis campestribus, ut Suetonius appellat (Vit. Aug. c. 3), paullo accuratius inquisivero.

Primus quidem, ut de omni comitiorum Romanorum ratione, ita de horum quoque hominum operâ diligentius egit Nicolaus Gruchius, apud quem l. I, c. 3 extr. posteaquam in universum monuit „ad corrumpenda largitione suffragia comparari solitos esse certos homines hujusce operis velut redemptores; qui certo quodam pretio accepto a candidatis aut vero ab amicis, qui se sequestres et interpretes in eorum causâ interponerent, corrumpenda plebis suffragia susceperint" idque exemplis firmavit, haec legimus maxime memorabilia (p. 74 edit. Venet. 1555, sive Graev. Thesaur. T. I, p. 579): „Neque enim existimandum est omnem numo„rum per tribus divisionem fuisse legibus ambitus prohibitam; alioquin legitimos non „habuissent divisores singulae tribus. —— At illud magis ambiguum est, iidemne „essent hi divisores cum diribitoribus, an ab eis diversi. Ego ut cum Budaeo diversos „fuisse existimem, eo argumento adducor, quod magistri curiarum, quorum me-

Digitized by Google

„minit Plautus, iidem erant divisores, ut ait Asconius; unde apparet multo ante „fuisse divisores quam lex tabellaria lata esset, post quam legem coeperunt esse „diribitores. • Quumque vile ac sordidum munus esset divisorum, non fit mihi veri„simile gravissimos senatores interdum hoc munere fungi voluisse, et tamen constat „interdum senatores diribitorum munus gerere solitos; ut omittam infimae conditio„nis hominibus, quales erant divisores, tabellas suffragiorum committere neque tu„tum neque aequum fuisse, praesertim quum illi ipsi essent, qui corrumpenda suffragia „suscipiebant." In his quae minus recte nobis disputata esse videntur, inferius declarabimus; quae tamen extremo loco Gruchius monuit, adeo vera sunt, ut satis mirari nequeam J. A. Ernestium, qui in Clave Cicer. p. 486 divisores eosdem cum diribitoribus tabellarum fuisse censet palamque profitetur, se locum Sueton. V. Aug. c. 3, qui patrem Augusti inter divisores operasque campestres proditum a nonnullis refert, aliter intelligere non posse; nam quod apud Cicer. in Pison. c. 15 diribitores sint honesti et senatorii viri, id extraordinarium esse neque istas operas campestres fuisse. Cui licet assentiri videatur Schützius, quum (Opp. Cic. Tom. V, P. 1, p. 281) reprehendat Asconium, qui hos eosdem fuisse ignorarit, recte tamen refragatus est ad illum Suetonii locum Baumgarten-Crusius, qui operas campestres omnino eos dici docet, quorum operâ candidati ad comparanda vel emenda suffragia uterentur. Operarum enim nomen quum in universum sordidum et contumeliosum est, tum in primis Ciceroni, ut recte Schützius in Lexico, per contemtum significat servos aut alios mercenarios ad facinora quaedam conductos, ut minime cadat in eos homines, quorum non modo operâ, verum etiam fide et aucteritate singulari ad cognoscendam populi voluntatem opus esset. At eo sane in errorem *Ernestius* inductus est, quod de ipsis quoque diribitoribus perversam sententiam animo conceperat, verbumque quod est *diribere,* Gruchio duce (ap. Graev. T. I, p. 563) ad distributionem tabellarum retulit, quam utique per ministros adeoque operas factam esse. Ciceronis locus Epistol. ad Att. I. 14. 6 luce clarius demonstrat. Sed hac de re disputandi compendium nobis fecit Eduardi Wunderi diligentia, qui in egregiâ dissertatione Variis Lectionibus librorum aliquot M. T. C. ex Cod. Erfurtensi enotatis (Lips. 1827. 8) praemissâ p. CXXVI—CLVIII omnibus veterum testimoniis pertractatis eos potius diribitores fuisse evicit, qui populo in suffragium misso singulorum tabellas diremerint indeque comitiorum eventum subduxerint; indagatâ simul ejus vocabuli ratione etymologicâ (dis — habere), quae tamen sub idem tempus Schwenckio quoque, praeceptori meo clarissimo, suboluisse videtur, ut qui in

Digitized by Google

lexico etymologico, quod prodiit Francof. ad Moen. 1827, sub voce *diribere* ad *habere* lectores remiserit, licet illic agere de eo composito neglexerit.

Hos igitur constat fuisse candidatorum eorumque omnino, quorum res in comitiis ageretur, amicos vel propinquos, eorumque munera in iis officiis habebantur, quae mutua sibi cives praestare tenerentur. Quae tamen quum essent molestissima, senatorii ordinis viri et aetate provecti liberare se ab his molestiis qualicumque vel aetatis vel honoris excusatione studebant; unde factum est, ut eo major honor haberetur, quo nobiliores ampliores que viri libenter suâque sponte ea reciperent; id quod sibi contigisse in comitiis ad legem de reditu ipsius ferendam habitis Cicero praedicat in Orat. post red. in Senatu c. 28: „quando illâ dignitate tot rogatores, diribitores custodesque vidistis", et in Pison. c. 15: „hoc certe video, quod indicant tabulae publicae, vos rogatores, vos diribitores, vos custodes fuisse tabellarum; et quod in honoribus vestrorum propinquorum non facitis vel aetatis excusatione vel honoris, id in salute meâ nullo rogante vos vestrâ sponte fecistis"; ubi quod superiores nonnullas editiones ex glossemate vitium insederat *distributores*, recte a recentissimo editore Orellio sublatum est. At, objiciat aliquis, nonne Ausonius et Symmachus contrarium testantur, diribitores fuisse vilis conditionis homines unâque cum divisoribus et sequestribus corruptores suffragiorum esse habitos? Quorum alter in Gratiarum actione pro Consul. c. 5, p. 705 ed. Toll.: „Consul ego, inquit, Imperator Auguste, munere tuo, non passus septa, neque campum, non puncta, non loculos; qui non prensaverim manus nec consalutantium confusus occursu aut sua amicis nomina non reddiderim aut aliena imposuerim; qui tribus non circumivi, centurias non adulavi, jure vocatis classibus non intremui, nihil cum sequestre deposui, cum diribitore nihil pepigi"; alter in Laudd. in Patres III, p. 40, cujus locum primus adhibuit Vir Summus, Creuzerus (in Antiqu. Romm. p. 120): „intelligamus nostri saeculi bona: abest cera turpis, diribitio corrupta clientelarum cuneis, sitella venalis". Speciosa haec, fateor; sed primum considerare debemus, illo tempore, quum in speciem tantum ab ipsoque Imperatore magistratus crearentur, veterum nominum ut usum ita vim quoque propriam in oblivionem venisse; deinde vero ne illud quidem negari poterit, ab elegantioribus quoque hominibus interdum amicorum in commodum fraudes factas esse. Cujus rei luculentum exemplum exstat apud Varronem de R. R. III, 5, §. 18: „Quum haec loqueremur, clamor fit in campo; nos athletae comitiorum unâ quum id fieri non miraremur propter stadia suffragatorum, et tamen scire vellemus, quid esset, venit ad nos Pantulejus Parra; narrat ad tabulam (ceratam

puta, in quâ punctis singulorum suffragia notabantur), quum diriberent, quendam deprehensum tesserulas conjicientem in loculum; eum ad Consulem tractum a fautoribus competitorum. Pavo surgit, quod ejus candidati custos dicebatur deprehensus" etc. Custodes enim et rogatores, quorum unâ cum diribitoribus ll. ll. Cicero meminit, neque Ernestius negat ex candidatorum amicis fuisse. Quanquam *rogatores* qui fuerint, postquam tabellariis legibus latis desierant singuli cives rogari, quem suffragio suo crearent, quidve de lege fieri vellent, non satis liquet; neque sufficit Ernestius, qui breviter tantum: „post, inquit, tabellis inductis, mansit nomen rogatorum." Cujus si haec sententia est, rogatores institutâ suffragandi ratione per tabellas non amplius adhibitos esse, quale tamen postea ipsorum negotium fuerit, explicare neglexit. Neque magis explicavit Adamus, qui p. 182 eos fuisse censet, qui ab uno quoque tabellas, quas in cistam non conjecisset, repoposcerint; quales in comitiis magistratibus creandis certe esse non poterant, ubi singulas tantum singulos cives tabellas accepisse certum est. Nam quum singulorum magistratuum non idem esset numerus, pro unius cujusque ratione tot semper ministrari tabellas oportuisset, quot candidati idem simul munus peterent, quod plurimas hercle difficultates magnamque comitiis moram attulisset; exstantque diserti veterum loci (Sueton. V. Caes. c. 80; Plin. Epist. IV. 25), *uno suffragio*, ut ait Q. Cicero III. 5, plures candidatos in unâ eâdemque tabellâ declaratos esse probantes; quos fusius illustravit Wunderus l. l. p. CXLVIII seqq., quum contra Abramium ad Cicer. in Pison. c. 40 non domo allatas sed in ipsis comitiis a civibus acceptas inscriptasque tabellas esse disputat. Qui tamen ipse quod p. CXLVI et CLXVII, rogatores arbitratur tabellas a civibus insignitas atque latas collegisse, ita ut singuli non ipsi in cistam eas injecisse sed rogatoribus tradidisse putandi forent, etsi non prorsus idem sit, quod Gruchius voluit, cistam eos detulisse, in quam suffragia populus conjecerit, ideo tamen et ipsum male me habet, quod tum rogatores, quae singuli suffragia tulissent, cognoscere potuissent neque amplius silentio sententiae premerentur; quum ob id ipsum, Cicerone teste (de Legg. III, 17) „tabellariae leges latae essent, ut tegerent omni ratione suffragium, ne quis inspiceret tabellam, ne rogaret, ne appellaret". Quod nisi ita statuere volumus, rogatores admonuisse tantum et incitasse cives, ut suffragia conjicerent in cistam, simulque vidisse, ut omnia recte et sine fraude procederent, diribitisque tabellis sententiam tribuum Consuli renuntiasse: nihil restat nisi ut ad eam rogationem redeamus, de quâ Cicero pro Plancio c. 10: „Nam, inquit, ut omittam illud, quod ego pro eo laborabam, qui valebat ipse per sese; rogatio ipsa semper est gratiosissima, quae

Digitized by Google

est officio necessitudinis conjuncta maxime" etc., rogatoresque eos accipiamus candidatorum vel accusatorum amicos, qui tum ante quam comitia haberentur, tum in ipsis comitiis circumirent civibusque pro illorum vel salute vel dignitate supplicarent; cui sententiae contrarium certe nullum testimonium novi. Qui enim de Divin. II. 35 occurrit rogator centuriae, ad tempus ante legem Gabiniam pertinet, cf. de N. D. II. 4. Eos autem, qui a candidatis aut iis, quorum interesset, tum urnis et diribitoribus tabellarum tum vero etiam sortitionibus tribuum et sitellis (cf. Cic. de l. agr. II. 9 et Wunder. de discr. cistae et sitellae l. l. p. CLVIII seqq.) apponerentur, ne fraus intercedere posset, proprio nomine *custodes* potius dictos esse inter omnes constat (cf. quos laudat Ernesti in Clave p. 438 et Schwarzium ad Qu. Cicer. de petit. II. 4, p. 24 edit. B. F. Hummel), donec sub Augusto, Plinio teste (Hist. Nat. XXXIII. 7) nongenti equites constituerentur ex omnibus selecti ad custodiendas suffragiorum cistas in comitiis.

Duo igitur prorsus diversa apparet probe inter se distinguenda esse eorum hominum genera, qui candidatos reosve operâ et consilio adjuvarent: alterum honestum et officiosum eorum, quos pro diversis, quae obibant, muneribus suffragatores, rogatores, diribitores, custodes appellari vidimus; alterum eorum, qui largitione propositâ adhibitisque omnibus pravis et illicitis rationibus cives propensos reddere inque illorum partes trahere studerent, divisores dico, sequestres, interpretes, quorum omnium et nomina et negotia erant criminosa; de singulis jam accuratius agemus. Et divisorum quidem jam supra monui illud fuisse, ut numis tributim vel centuriatim divisis suffragia candidatis emerent; unde v. c. Cicero (de Oratore II. 63) Numium divisorem ait, ut Neoptolemum ad Trojam, sic illum in campo Martio invenisse nomen; idque, quantum scimus, solum eorum fuit negotium, neque intelligo, quibus argumentis adductus Ernestius horum quoque operam ad tabellas populo ministrandas referre potuerit, quod ne uno quidem veterum scriptorum loco comprobetur. Omnem eorum quaestum ac disciplinam optime describit Cicero Act. in Verr. I. 8, ubi narrat, quibus artibus nequam ille se ipsum aedilitate dejicere studuerit, his fere verbis: „Unum illud reperiebam, divisores noctu ad istum vocatos. Ex quibus quidam eâdem illâ nocte ad me venit. Demonstrat, quâ iste oratione usus esset; commemorasse istum, quam liberaliter eos tractasset jam antea quum ipse praeturam petiisset, et proximis consularibus praetoriisque comitiis; deinde continuo esse pollicitum, quantam vellent pecuniam, si me aedilitate dejecissent. Hic alios negasse audere; alios respondisse non putare id perfici posse; inventum tamen esse fortem amicum, ex

eâdem illâ familiâ, C. Verrem, Romiliâ, ex optimâ divisorum disciplinâ, patris istius discipulum atque amicum, qui H S quingentis millibus depositis id se perfecturum polliceretur; et fuisse tamen non nullos, qui se unâ facturos esse dicerent". Ibid. c. 9 de Verre dicit: „cursare iste homo potens circum tribus; paternos amicos, id est divisores, appellare omnes et convenire. Quod quum esset intellectum, fecit animo libentissimo populus Romanus, ut, cujus divitiae me de fide deducere non potuissent, ne ejusdem pecuniis de honore dejicerer". Unde quum simul ipsum Verris patrem, qui senatorio loco erat (II. 39), pari infamiâ laborasse adeoque magistrum divisorum, ut apud Scholiastam est, habitum esse intelligamus, non semper infimae sortis et obscuro loco natos fuisse apparet; sordidos tamen homines fuisse quosque vita plerumque vitiis omnisque generis sceleribus inquinata despectos redderet omnibus bonis atque honestis civibus, compluribus locis constat. Sic Cicero in Verr. III. 69 de Verris filio dicit: „nunc pro te Verrem substituisti alterum civitati; nisi hoc forte deterior est, quod tu ejusmodi evasisti, non in hominis luxuriosi, sed tantum in furis et divisoris disciplinâ educatus". Quid quod idem de Harusp. resp. c. 20 Clodium divisores omnium tribuum domi ipse suae crudelissimâ morte mactasse ait? Nonne hic locus veram esse nostram sententiam aperte testatur? Accedit Suetonii ille, quem supra jam attuli, Vit. Aug. c. 3, ubi de nobilitate gentis Octaviae disserens: „C. Octavius pater, inquit, a principio aetatis et re et existimatione magnâ fuit; ut equidem mirer, hunc quoque a nonnullis argentarium atque etiam inter divisores operasque campestres proditum". Quem ad locum perperam Torrentius de divisoribus Italiae somniat, qui minime huc pertinent. Erant enim illi, ut recte Ernestius in Clave, quibus mandata erat in coloniis deducendis et ex lege agrariâ agrorum inter colonos distributio; quales jam ex lege Semproniâ triumviros agris dividundis creatos esse audimus, Liv. Epit. LVIII. Cf. Cic. Philipp. XI. 6: „Nuculam et Lentonem, Italiae divisores, lege eâ quam Senatus per vim latam judicavit", i. e. agrariâ. Aptius idem Torrentius ad Sueton. V. Caes. c. 33, ubi de Caesaris liberalitatae sermo est, allatis ICtorum testimoniis haec habet: „quae vero sic populo vel ordini alicui vel collegio aut testamento aut inter vivos ob causam aliquam, ut puta inito magistratu, viritim donabantur, apto sane vocabulo sed a paucis observato *divisiones* vocant ICti nostri"; quem tamen latiorem vocabuli usum, quum ad rem nostram nihil faciat, praetermittamus. Neque enim, quod largitionis quoque nomine interdum etiam leges agrarias et frumentarias et omnia publicae liberalitatis genera comprehendi videmus, iccirco illos divisores cum nostris largitionis campestris instrumentis confundi patiemur; neque Gruchio

Digitized by Google

concedemus necessarios fuisse divisores, qui quae quocunque modo privatâ munificentiâ ad plebem pervenirent, distribuerent; ut v. c. quum Imperatores ad triumphum redeuntes congiarium dederint, vel testamento aliquid a divite homine populo legaretur; quorum tamen omnium nihil ad curam eorum pertinuisse comprobari potest. Ipsius sane ambitus notionem plura largitionis genera comprehendisse docet SCtum, quod se Consule factum esse narrat Cicero pro Murenâ c. 32: „si mercede conducti obviam candidatis issent, si conducti sectarentur, si gladiatoribus vulgo locus tributim et item prandia si vulgo essent data, contra legem Calpurniam factum videri"; attamen praeter eas divisiones, quae ad ambitus rationes et coëmenda suffragia pertinerent, nullum divisorum operae vestigium exstare censeo; cf. et Casaub. ad Cic. ad Att. I. 16, p. 117 T. I Graev.

Sed hac de re paullo pluribus agendum erit, ut liquido contra Gruchium reliquosque, qui ipsum ducem secuti sunt, comprobemus, non modo turpe et abjectum, verum etiam illicitum, nec publicum et legitimum, sed privatum divisorum negotium fuisse. Gruchius enim: „Ut argentarii, inquit, et praecones, qui publicis actionibus „serviebant, parum honesto loco censebantur, ut qui in sordido quaestu versari „viderentur; ita divisores, tametsi *munere fungerentur reipublicae necessario*, quia „tamen venalem suam operam habebant, vile ac sordidum munus eorum censebatur". Ernestius autem, ut alios mittam, in Clave, allatis primariis de divisoribus locis, hinc ait patere, primo suum cuique tribui divisorem atque fortasse etiam plures fuisse; unde fiat, ut per se non turpis res fuerit; deinde tribus per hos fere esse corruptas, quod per eos commodissime fieri posset, eamque tandem ob causam infame et suspectum divisoris nomen factum esse." Duo inprimis sunt inter eos, quos jam attulimus, Ciceronis locos, qui divisorum negotium pro legitimo quodam reipublicae munere haberi flagitare viris doctis videantur: alter Act. in Verr. I, c. 8; ubi divisores ait omnium tribuum noctu ad Verrem vocatos esse; alter de Harusp. resp. c. 20: „Unde ut rediit (Clodius) quaestum illum maxime fecundum uberemque campestrem totum ad se ita redegit, ut homo popularis fraudaret improbissime populum; idemque vir clemens divisores omnium tribuum domi ipse suae crudelissimâ morte mactaret". Jam Asconius Pedianus — sive alius quidam ille serioris temporis sit interpres, ut contendit J. N. Madvig in disp. crit. de Qu. Asconii Pediani et aliorum vett. intpp. in Cic. Oratt. commentariis, quae prodiit Hafniae 1828 — ad priorem illum Verrinarum locum scribens, quaerit: „utrum legitimos habeat omnes tribus divisores suos; quos Plautus in Aulularia magistros curiarum vocat? an divisores criminis nomen est?" ita

Digitized by Google

tamen, ut priorem sententiam magis probet; addit enim: „si divisores criminis nomen essent, non sibi unum ex his carum esse dixisset Cicero". Quippe sequuntur apud Ciceronem haec: „ex quibus quidam, qui se omnia meâ causa facere debere arbitrabatur, ad me venit"; quae tamen ne minimum quidem probare mihi videntur. Nam primum Cicero non dicit carum sibi istum divisorem fuisse, sed tantum sui studiosum. Tum vero hoc recogitandum est, quod ex Quinti quoque Ciceronis Commentario (V. 5) apparet, optimis quoque et integerrimis viris, etiam si omnem largitionem maxime respuerent, tamen benevolentiam quandam erga gratiosos illos homines simulandam fuisse, qui tantum apud plebem valerent ejusque animos, quo libuisset, flecterent. Unum illud ex locis laudatis colligi potest, omnes tribus suos quamque habuisse divisores; legitimos et ordinarios, non potest; neque secus consuetudinis cujusdam vel abusus observatione in errorem abducti esse videntur viri docti, quam quum olim in Atheniensium republicâ certos quosdam oratores annuis suffragiis creatos esse opinio invaluisset. Quanquam patet, quum tot essent tribus atque centuriae tantaque plebis Romanae multitudo, nullâ aliâ largitionis ratione, qui conciliare sibi civium animos vellent, procedere potuisse, nisi ut ex unâquâque tribu eos sibi eligerent ad corrumpendi ac dividendi negotium suscipiendum, qui notissimi tribulibus essent et plurimorum consuetudine et amicitiâ fruerentur. Singularum enim tribuum cives familiaritatis quodam vinculo inter se conjuncti erant, et per suos maxime tribules voluntates suas dirigi patiebantur. Unde etiam jocus ille explicandus est Ciceronis Epist. ad Att. I. 18. 6: „Est autem C. Herennius quidam tribunus plebis; quem tu fortasse ne nosti quidem; tametsi potes nosse; tribulis enim tuus est et Sextus pater ejus numos vobis dividere solebat", quo ex loco ridiculus foret, si quis ipsum Atticum numos accepisse colligeret; divisorem tantum videmus, qui hoc in se negotium susceperat, ut, acceptâ a candidatis eorumque amicis pecuniâ, tribulibus eam, si qui vellent, ad concilianda candidatis eorum suffragia divideret. Quanquam tam late haec accipiendi lubido patebat tamque continuo usu in consuetudinem et statam quandam largitionis certitudinem abierat, ut non singuli aut pauci in singulis tribubus, sed plures adeoque multi divisores essent, ut aliquando ipsum Consulem, qui legem de ambitu ferebat, propter multitudinem divisorum, qui per vim adversabantur, foro ejectum esse Asconius Pedianus narret (ad Orat. pro Cornel. T. XVI, P. 2, p. 200 edit. Schütz); ipsumque negotium in perpetuum quaestum versum erat, cui per totam vitam operam suam ac vires impenderent et veluti disciplinam divisorum posteris quoque traderent. Populus autem singulaeque tribus majoris facilitatis ergo per complures *decurias*

Digitized by Google

describebantur, more ut videtur, a Graecis repetito, apud quos *δεκάζειν* ipsam corrumpendi significationem accepit; cf. Hüllmanni Staatsrecht des Alterthums (Cöln 1820) p. 143 et quos laudat C. Fr. Hermannus ad Lucian. de Hist. Conscr. p. 247 sq.; quae tamen non magis legitimae publicâve auctoritate munitae erant, quam ipsi divisores; cf. Cic. pro Planc. c. 18: „Decuriatio tribulium, descriptio populi, suffragia largitione devincta severitatem senatus et bonorum omnium vim et dolorem excitarunt"; et c. 19: „sic tu doce, sequestrem fuisse, largitum esse, conscripsisse, tribules decuriasse; quod si non potes, noli tollere ex ordine nostro liberalitatem, noli maleficium putare esse gratiam, noli observantiam sancire poenâ"; ubi vid. Wunder p. 187.

Quibus omnibus perpensis veri simillimum mihi est, hos divisores, si non semper, certe tamen haud raro eosdem fuisse argentarios atque numularios, de quibus laudasse sufficiat Cl. Salmas. de foen. trapezitico p. 541 — 564, et Desid. Herald. Obss. ad Jus Att. et Rom. II. 24 et 25, p. 173 sqq.; praesertim quum Suetonii illum locum considero, qui utrorumque mentionem conjungit. Hoc certe constat, aeque vilem et sordidum horum quaestum fuisse; qui etsi per se quidem prorsus justus et licitus esset, videntur tamen illi haud difficulter, abusi suâ in homines de plebe vi ac potentiâ proclivique pecuniae affluentiâ, illum quoque largitionis procurandae quaestum in se transtulisse. Quod tamen etiam si cui minus probabile videatur, hoc tamen concedet, spero, *privatos* homines semper fuisse divisores, qui lucri cupidi, nullâ lege instituti, fecundum illum, quem Cicero dicit, maximeque uberem quaestum campestrem suo periculo exercerent. Unum restat adversariis praesidium, quod tamen nullo negotio expugnari posse nobis videtur: Plautinus ille locus in Aululariâ, qui jam veterem Ciceronis interpretem conturbavit. Ibi enim (I. 2. 29) avarus Euclio: „Nam noster, inquit, nostrae qui est *magister curiae*, dividere argenti dixit numos in viros; id si relinquo ac non peto, omnes illico me suspicentur, credo, habere aurum domi"; et inferius (II. 2. 1): „Praesagibat mihi animus, frustra me ire, quum exibam domo, itaque abibam invitus; nam neque quisquam curialium venit, neque *magister,* quem *dividere* argentum oportuit". Sed quid hoc ad rem? Num hos magistros curiae eosdem dicamus atque illos divisores? Nondum Plauti aetate tam inquinata erant comitia, ut curiatim divideretur pecunia civesque quasi publice corrumperentur. An usquam de legitimâ quâdam per curias largitione in republicâ Romanâ mentio fit? qualem tamen aperte Plautus significat, quum senem dicentem facit, petere se pecuniam velle, quam si non petiisset, fore ut omnes divitem se putent. Neque unquam per *curias*

Digitized by Google

Romae largitio grassata est, quae tributa tantum et centuriata comitia obtineret. Nihil igitur restat, nisi ut ex *Atheniensium* institutis hunc pecuniae dividendae morem Plautum petiisse, Athenis illa dici voluisse statuamus. Illic enim τὸ θεωρικὸν illud, quod dicebatur, institutum erat, ut cives inopes binos obolos vel etiam plures acciperent publice ad ludos celebrandos diesque festos laete obeundos; quam stipem per δήμους distributam esse contra Boeckhium, qui κατὰ φυλὰς factum esse voluit (Staatshaush. der Ath. T. I, p. 237), recte demonstravit Meierus (de bonis damnat. p. 79) ex Demosthenis loco adv. Leochar. p. 1091. 25: *καὶ μετὰ ταῦτα ἧκε Παναθηναίων ὄντων τῶν μεγάλων τῇ διαδόσει πρὸς τὸ θεωρικὸν καὶ ἔπειτα οἱ ἄλλοι δημόται ἐλάμβανον*. Magister curiae igitur Plauto est δήμαρχος: neque in eo nos haerere oportet, quod *curiam* dixit δῆμον, qui proprie *pagus* esset, cf. Meier l. l. et Grotefendi diss. praemio ornatam de demis Atticae (Gotting. 1829) p. 15; *tribum* enim non potuit, quae erat φυλή: atque omnino vacillare circa ejus vocabuli interpretationem veteres Latinos videmus, cf. quos laudat C. Fr. Hermannus Griech. Staatsalterth. §. 111, not. 5 et 6; Plautum secutus est Schömannus de Comit. Athen. p. 341. Quae quum ita sint, prorsus equidem cum Madvigio (l. l. p. 134, not. 3) curiarum illos magistros Atticos e civitate Romanâ expellendos censeo, quo illos invitâ Minervâ Gruchius intrusit; neque ullum locum proferri posse affirmo, quo publici muneris et ministerii quidquam divisoribus fuisse ostendatur. Et quo pacto publici esse poterant, quibus et ipsis et qui cum illis negotium habuissent, ubi deprehensi et convicti essent, atrocissima judicia legibus proponerentur? Cicero pro Murena c. 26: „De divisorum indiciis et de deprehensis pecuniis respondebo"; pro Plancio c. 23: „Neque enim qui illi numi fuerint, nec quae tribus, nec qui divisor, ostendis; atque is quidem eductus ad Consules, qui tum in crimen vocabatur, se inique a tuis jactatum graviter querebatur; qui si erat divisor, praesertim ejus, quem tu habebas reum, cur a te reus non est factus? cur non ejus damnatione aliquid ad hoc judicium praejudicii comparasti?" Anno autem 692, quum Consul ipse Piso negotium suscepisse diceretur et domi suae divisores habere, SCta facta sunt, Cicerone teste (Epist. ad Att. I. 16. 7), duo: „unum ut apud magistratus inquiri liceret; alterum, cujus domi divisores haberent, adversus rem publicam". Ita enim ibi legendum est; quod Ernesti proposuit: ut qui — haberent, non necessarium; *habere* enim pro *habitare* dictum est, ut non modo apud Plautum ejusque aequales, verum etiam apud Ciceronem legitur, v. c. pro Rosc. Amer. c. 46: „qui in Sallentinis aut Bruttiis habent" etc. Qualis tamen poena divisoribus constituta fuerit, ignoramus; ambitus quidem damnatis quum ex lege Calpurniâ praeterquam quod pecuniâ mulctarentur, neque magistratus capere neque in senatum legi liceret, Tulliâ vel exilium proponebatur (cf. Cic. pro Plancio c. 34, pro Murenâ c. 41), cui metui mox Aufidius Lurco illud quoque adjecit, ut, si quis numos in tribus pronunciasset nec dedisset, quoad viveret, singulis tribubus H S CIↃ CIↃ CIↃ deberet (Cic. ad Att. I. 16. 7); sed quum vel hujus criminis tam raro condemnari homines in corruptissimâ republicâ

Digitized by Google

videamus, multo etiam rarius consentaneum est divisores poenae atrocitatem sensisse, quorum operâ saepissime iidem illi, qui ambitus reos vel condemnassent vel accusassent, occasione oblatâ usuri essent.

Nec minus impune plerumque reliquis quoque fuisse videtur, quos distinguendos a divisoribus in hoc corrumpendorum suffragiorum negotio partim jam supra monui, *sequestres* dico et *interpretes*, licet aeque et criminosa et turpia eorum facinora haberentur. Insignis est, qui lucem huic rei afferre possit, locus Cicer. Act. I in Verr. c. 12: „Moneo, praedico, ante denuntio, qui aut deponere, aut recipere, aut accipere aut polliceri, aut sequestres aut interpretes corrumpendi judicii solent esse, quique ad hanc rem aut potentiam aut impudentiam suam professi sunt, abstineant in hoc judicio manus animosque ab hoc scelere nefario"; ubi vetus ille interpres haec: „deponitur in sequestri, accipitur ab eo qui corrumpitur, recipitur id est promittitur ab eo, qui pro judicaturo spondet; pollicetur, qui apud se dicit aut praemium aut sententiae potestatem esse; sequestres sunt, apud quos pecunia deponitur, interpretes, per quos inducitur pactio". Mihi quidem locus ita potius ordinandus videtur, ut conjungamus verba *deponere* et *recipere*, rursumque *accipere* et *polliceri*, illuc *sequestres*, huc *interpretes* referamus. Deponunt enim rei eorumque amici pecuniam apud sequestres, hi recipiunt pecuniam; pollicentur judicibus interpretes, accipiunt judices; qui autem recipiunt vel accipiunt, impudentiam suam, qui deponunt et pollicentur, potentiam professi esse dicuntur. Interpretes igitur, ipso nomine arguente, apparet fuisse, qui et divisoribus judicibusve numos pollicerentur, quos viritim dividendos curarent, et de largitionis summâ nec non de mercede agerent, quam ipsi divisores largitione factâ acciperent; sequestres autem quasi confirmatores quosdam pecuniae, ut Cicero ait pro Cluentio c. 26, qui pecuniam a candidato vel accusato largitionis causâ depositam servarent aut depositum iri sponderent, eamque pactione per interpretes factâ in divisorum judicumve manus traderent. Neque enim ad judicia modo, sed etiam inque primis ad comitia corrumpenda sequestrium operam pertinuisse, quum alii loci docent, quorum partim supra jam attuli, tum Ciceronis pro Plancio c. 19: „doce id quod debes, per quem sequestrem, quo divisore corrupta sit tribus"; et pro Caelio c. 7: „quod haud scio an de ambitu et de criminibus istis sodalium ac sequestrium similiter respondendum putem"; latiusque omnino patet sequestris vocabulum, quod inde ductum ait Gellius N. A. XX. 11, quod ejus qui electus sit, utraque pars fidem sequatur. Idem igitur est, quod graece *μεσεγγυήτης*, ut v. c. hac ipsâ de re apud Appianum legimus de bell. civil. II. 19: *καὶ τὸ δεκάζειν ἢ δωροδοκεῖν ἀναισχύντως τότε μάλιστα ἐπλεόνασεν· ὁ δὲ δῆμος αὐτὸς ἔμμισθος ἐπὶ τὰς χειροτονίας ᾔει· ὤφθη δέ που καὶ μεσεγγύημα ταλάντων ὀκτακοσίων ὑπὲρ τῆς ἐπωνύμου γενόμενον ἀρχῆς*. Et apud ICtos quidem bono plerumque et honesto sensu usurpatur de eo, apud quem, ut ait Modestinus de verbor. signif., plures eandem rem, de quâ controversia est, deposuerunt, sive, ut loqui solebant, sequestro posuerunt; quos autem hîc sequestres dicimus, eâdem quâ divisores infamiâ

Digitized by Google

fuisse, apparet ex Cicer. Orat. pro Caelio c. 13: „adulter, impudicus, sequester, convicium est, non accusatio"; pro Plancio c. 16: „cujus tu tribus venditorem et corruptorem et sequestrem Plancium fuisse clamitas?" et c. 18: „quid diceres? sequestremne Plancium? respuerent aures, nemo agnosceret, repudiaretur". Quanquam longe eos honestiori et nobiliori quam divisores loco oriundos plerumque fuisse ex ipsis scriptorum locis colligere licet; qui quum quasi internuncii essent candidatos inter atque divisores, ipsorum candidatorum loco agerent, nullâque mercede corrupti eâ tantum spe moverentur, fore ut ii, quos operâ suâ juvissent, eandem mox in ipsorum petitionibus capitisve periculis sibi redderent, vel aliquo suo commodo inducti sponte suâ illorum temporibus servirent, amici potius candidatorum fuisse videntur, quibus ipsis aditus ad honores gerendos pateret, senatorii vel equestris ordinis homines. Unde Cicer. in Orat. in Toga cand.: „dico, P. C., superiore nocte cujusdam hominis nobilis et valde in hoc largitionis quaestu noti et cogniti domum Catilinam et Antonium cum sequestribus suis convenisse"; ubi Asconius: „Aut C. Caesaris, inquit, aut M. Crassi domum significat", quem nimirum interpretis munere fungi in negotio illo vellent. Eundem sequestrem et interpretem conspicimus M. Crassum in Clodii causâ; cf. Cic. ad Att. I. 16. 2: „Biduo per unum servum et eum ex gladiatorio ludo confecit totum negotium: arcessivit ad se, promisit, intercessit, dedit"; ut et C. Claudium, Verris sodalem, de quo Cicero Act. II, l. II, c. 44: „is est C. Claudius, qui in Siciliâ sequester istius, interpres, confector negotiorum". Quod autem ex Plancianâ videmus eundem et candidatum et sequestrem esse potuisse, optime explicavit Wunderus p. 137: „Non est dubium, quin sequester fuisse Plancius ab Laterense sit dictus, quod coitione factâ cum Plotio competitore (vid. supra p. 9) tribus quasdam pro pecuniâ apud eum depositâ Plotio concesserit vel vendiderit, quemadmodum vicissim Plotius existumandus est tribus quasdam, quas sibi devinctas habuerit, Plancio concessisse". Per coitionem enim effectum est, ut, qui ipse candidatus, idem pro competitore sequestris loco esset, quippe qui illius pecuniâ pro suâ uteretur, auctoritatem suam pro illius petitione interponeret; cujus rei luculentum exemplum exstat Lucceji et Caesaris, quem Suetonius narrat (c. 19) „Luccejum sibi adjunxisse, pactum, ut is, quoniam inferior gratiâ esset pecuniâque polleret, numos de suo communi nomine per centurias pronuntiaret". Spondet enim sequester; is, cujus interest, pronuntiat; cf. pro Plancio c. 18: „Haec doce, haec profer, huc incumbe, Laterensis, decuriasse Plancium, conscripsisse, sequestrem fuisse, pronuntiasse, divisisse"; ad Att I. 16. 7: „qui numos in tribus pronuntiarit, si non dederit, impune sit"; ad Qu. Fr. II. 15: „vel H S centies constituunt in praerogativâ pronuntiare" etc.

Digitized by Google

DE

IMPENSIS EARUMQUE RESTITUTIONE.

DISSERTATIO

PARSONS L. University of MICHIGAN

PRO

VENIA LEGENDI RITE IMPETRANDA

IN

ALMA ACADEMIA RUPERTO-CAROLA.

SCRIPSIT

J. N. DE WENING-INGENHEIM

J. U. D.

MDCCCXLI.

HEIDELBERGAE.

TYPIS GEORGII REICHARDI.

Digitized by Google

Digitized by Google

DE

IMPENSIS, EARUMQUE RESTITUTIONE.

§. 1.

In tota de impensis doctrina hoc principium quam maxime servavit jus Romanum „neminem cum alterius detrimento locupletiorem fieri [1] debere“; ideoque leges Romanae constituerunt, impensas vel in rem vel propter rem ab ejus possessore factas, eidem restitui oportere. Utuntur autem Romani ad id significandum, quod nos lingua vernacula Verwendungen vocamus, tam variis verbis, ut nullum inter expensas et impensas discrimen legibus fundatum perspici possit [2]. Verba autem, quae praecipue in legibus occurruut, sunt haec: *sumtus,* cf. fr. 18 §. ult. Dig. de donationibus (39, 5) fr. 79 de jud. (5, 1) fr. 22 §. 3 ad SC. Trebell. (36, 1); *impensae,* cf. fr. 38 D. de her. pet. (5, 3) fr. 79 de V. S. fr. 14 de impens. in res dot. (25, 1) cet. *expensae,* vid. fr. 39 §. ult. D. de minor. (4, 4). Const. 12 prooem. Cod. de pet. her. (3, 31). Const. 24 de neg. gest. (2, 19); *impendium,* cf. fr. 7 D. ad leg. Aquil. (9, 2) fr. ult. D. de his qui effud. et dejec. (9, 3) fr. 29 comm. divid. (10, 3) fr. 27 §. 4 mandati (17, 1);

1) Fr. 206 D. de R. J. f. 14 D. de cond. indeb. (12, 6).

2) Cf. autem *Thibaut* System des Pandektenrechts. §. 179. J. G. a *Saavedra* de expens. et melior. Marburg. 1601. *Valett* Pand. §. 83. *Mackeldey* §. 155. *Valett* theoret. prakt. Abh. I. §. 1. *Glück* Comment. XXVII. Not. 10. p. 376. *Mühlenbr.* doctr. Pand. Vol. II. §. 232.

Digitized by Google

meliorationes, cf. C. 24 Cod. de neg. gest. (2, 19) C. 3 Cod. de jure emph. (4, 66). Si igitur nonnulli dixerunt, impensas esse factas in rem, expensas autem propter rem, haec sententia omni fundamento caret, in permultis enim fragmentis, quae secundum hanc sententiam impensae dici deberent, expensae, vel sumtus, et vice versa nominantur fr. 39 §. ult. de minor. (4, 4) fr. 22 fr. 8 §. ult. rem rat. hab. (46, 8) fr. 11 de leg. II. C. 24 Cod. de neg. gest. (2, 19) fr. 30 D. de procur. (3, 3). Quum igitur nusquam in legibus hujus diversitatis ratio habita sit, summo jure veteres scriptores modo hoc, modo illo vocabulo usi sunt, ut ex Cujacii, Donelli, Faberi, aliorumque scriptis luculenter adparet. Impensae ergo ex opibus rebusque nostris ad certum finem fiunt, nulla ratione habita, utrum rei alicui directe, an indirecte, an nullo modo commodum afferatur. Jam vero nobis occurrit quaestio haud negligenda, an id quoque impensis adnumerari queat, si quis vires, laborem, diligentiam in aliquod negotium contulerit? In societate tantum industriam ac laborem vel operam aequiparari pecuniae invenimus; socius ergo procul dubio laborem et operam aeque ac veras impensas aestimare potest. Fr. 6. fr. 29 §. 1. fr. 80 pro socio (17, 2). Id autem societati proprium est, quod nequaquam ad alia juris instituta trahi potest, quum semper de veris tantum impensis ex opibus rebusque nostris leges loquantur. Certe autem impensis adnumerandum est, si is, qui sumtus fecit, illo quidem tempore res suas non minuit, sed metuit, ne in futurum minuerentur, ergo si e. g. reus obligationis causa rem tradidit. Fr. penult. de her. pet. (5, 3) fr. 57. D. de rei vind. (6, 1).

§. 2.

Verba „locuples“, „detrimentum“ in principio illo §. 1 laudato, quod in tota de impensis doctrina vel maxime servatur, ad vera tantum bona trahi possunt, quare impensae voluptuariae, rem solummodo ornantes, in impensarum restitutione semper excluduntur. Impensas ergo, quas alius pro nobis fecit, eo postulante, restituere debemus, aut pati interdum, ut ille sumtus detrahat. Fr. 206 de R. J. fr. 14 de cond. indeb. (12, 6) fr. 38 de her. pet. (5, 3). Hic quoque, ut et alias bonae fidei possessori multo

Digitized by Google

majora commoda conceduntur, et hic multo magis adjuvandus est, quam malae fidei possessor, quae res in hac doctrina maximi momenti est, omnesque de impensis constitutiones singulis modificationibus exceptis hanc rem vel maxime respexerunt. Quamobrem neutiquam impensae aut deduci aut peti posse constat:

a) Si donandi animo impensae factae sunt. Fr. 27 §. 1. fr. 41 de neg. gest. (3, 5). Const. 15 Cod. eod. (2, 19). Quando hic donandi animus praesumatur, alio loco dicendum est.

b) Si quae impensae occasione contractus ex ejus natura fieri debent, secundum communem juris regulam hae impensae ad calculos non vocantur. Fr. 10 de R. J. fr. 13 de imp. in res dot. (25, 1) fr. 7 §. 2. fr. 27 §. 3 de usufr. (7, 1). Plerumque autem cum casum excipiunt, quo ejusmodi sunt onera suscepta, ut omnem exspectatam utilitatem, omneque commodum speratum tollant. In jure Romano autem haec limitatio non fundata est, quod jam Leyserus [3] bene perspexisse videtur, qui haec profert: „addunt tamen limitationem doctores, nisi immodica sint onera, fructumque excedant.“

c) Praecedens conventio de impensis earumque restitutione ante omnia respicienda est. Fr. 55 §. 1. fr. 61 locat. (19, 2). Exceptiones quasdam suo loco commemorabimus.

§. 3.

Impensae in *judiciales* atque *extrajudiciales* non inepte dividi possunt. Impensae judiciales vocantur, quae ex lite coram judicibus publicis tractata oriuntur; impensae extrajudiciales varia ratione oriri possunt, re non in judicium deducta. Conf. exempli gratia C. 13 §. 6 Cod. de jud. (3, 1). Tit. 51 Lib. 7 Cod. de fruct. et lit. exp. fr. 51 D. de her. pet. (5, 3). Tit. 1 Lib. 25 D. de imp. in res dot. (25, 1). Nos in hac dissertatione solummodo de impensis extrajudicialibus verba faciemus, non quo impensas judiciales huc pertinere negemus, sed quia impensas judiciales tantum ex

3) *Leyser* ad Pand. spec. 106. med. 3. *Voet* Lib. 7 t. 1. §. 38.

Google

principiis de rei debitae aestimatione recte illustrari et tractari posse nobis persuasum habemus. Sic rei, quam tractandam suscepimus magnitudo, et praestantissima, quae de judicialibus impensis scripta habemus, effecerunt, ut hanc disciplinam hic praeterire nos posse non dubitaremus. Diligentissime autem enucleaverunt doctrinam de impensis judicialibus: Weber (über die Proceßkosten, deren Erstattung und Compensation), Emmerich de eod. arg., Martin de justo suspendendo judicio de expensis, vid. etiam ejusdem auctoris doctrinam processus civilis communis, Schmidt (Beiträge zur Lehre v. d. Proceßkosten), aliique de processu civili scriptores.

§. 4.

Jam transeamus igitur ad impensas extrajudiciales accuratius tractandas, quae in necessarias, utiles et voluptuarias dividuntur. Fr. 79 de V. S. Ulp. fr. tit. 6 §. 14. 15. 16.

Impensae necessariae dicuntur omnes, quae fiunt ad rem aut ab interitu aut a depravatione servandam. Saepissime quidem illae tantum impensae dicuntur necessariae, quae fiunt ad rem ab interitu servandam, quam sententiam nos probare non possumus. Fr. 79 de V. S. [4])

Quae impensae rei commoda, quae antea res non habuerat, augent, utiles dicuntur; voluptuariae denique impensae amoenitatem tantum et pulchritudinem rei augent. Ulp. fr. tit. 6 §. 15. 16. fr. 8 §. 3. fr. 6. 7. *D.* de imp. in res dot. (25, 1).

Priusquam autem accuratius tractamus et consideramus, quam auctoritatem et vim tres hae impensarum species in multas juris disciplinas habuerint, in quibus casibus impensae aut per exceptionem tantum et retentionem cum exceptione conjunctam, aut per actionem postulari possint, nobis enucleare liceat.

Possessor rei, qua talis, si respectu rei ipsius impensas fecerat, a legibus nullam accepit actionem, exceptionis vero et retentionis remedium

---

4) Cf. *Cujacius* ad h. l. quae, si non fiant, rem demercire vel dimiaui sinunt. *Voet* ad Pand. 25, 1. 1.

salvum ei relictum est. Unicuique alii autem ad impensas recuperandas modo actionem contrariam, modo condictionem leges dederunt [5]. Fr. 14 de dol. mal. et met. exc. (44, 4) fr. 48. fr. 27 §. 5 de R. V. (6, 1) fr. 33 de cond. indeb. (12, 6) fr. 14 §. 1 comm. dic. (10, 3). Neque obstat C. ult. §. 1 i. f. Cod. de her. pet. (3, 31), haec enim constitutio eum modo casum respicit, quo possessor petitoris creditoribus satisfecit, et quasi hac creditorum satisfactione impensas fecit; qua de causa non rei ipsius respectu factae sunt impensae, sed pro actore, ita ut possessor quasi negotiorum gestor hoc loco habendus sit, neque enim quia possidet rem has impensas fecit [6]. Quum autem funditus neglecta essent principia actionis negotiorum gestorum, si hanc actionem admitteremus, haec actio denegatur, negotiorum enim gestorum actio ei modo competit, qui sciens negotia aliena gessit, neque vero illi, qui in rem, quam pro sua possidet, impensas fecit. Qua de re in praetoris edicto haec verba leguntur: Si quis negotia alterius cet. fr. 2 D. de neg. gest. (3, 5) fr. 14 §. 1 D. comm. div. (10, 3) [7]. Neque repugnat fr. 6 §. 3 de negot. gest. (3, 5) ex causis et rationibus modo allatis. Majoris autem momenti est fr. 40 de cond. indeb. (12, 6), in hoc enim fragmento Marcianus condictionem certe possessori concedere videtur; attamen ejusdem Digestorum tituli locum nostram sententiam vel maxime adjuvare constat. Julianus enim fr. 33 eod. hanc condictionem denegandam esse scripsit, qua in re igitur Marciano luculenter contradicit. At haec antinomia facillime tolli potest, si hic contra regulam heredibus condictionem incerti datam esse concedimus, quae explicatio fr. 21 ad Sc. Treb. (36, 1) confirmatur; illo enim fragmento omnis extensio recluditur. Aristo primum omnibus illis, quibus unice retentionis jus concessum est (quas solas habent — retentiones) heredem aequiparat, eique postea contra regulam condictionem concedit (sed posse eum cet.). Neque vero jam omnes difficultates

---

5) *Donellus* comm. d. j. c. lib. 20. c. 7. *Fab.* error. pragm. 26. E. 9. 10. *Herald* de rer. jud. l. 2. c. 23. in *Otto.* thes. t. 2.

6) *Valett* Pand. §. 89.

7) *Coccuji* jus controv. III, 15. quaest. 1—5. *Fabr.* rat. l. 10. tit. 3. fr. 29.

Digitized by Google

remotae sunt, restat enim Const. 5 Cod. de R. V. (3, 32). Si m. f. possessor impensas non necessarias fecit, earum rationem haberi non posse, rescriptum est, ergo contenditur in impensis necessariis, ut ex argumento a contrario luculenter appareat, repetitionem ei concessam esse; at verbum „repetitio" hic significat id quod vicissim postulatur, talisque repetitio b. f. possessori constitutione citata conceditur, m. f. possessori denegatur. Hoc sensu et aliis locis verbum „repetire" adhibetur, cf. const. 18 i. f. Cod. ad L. Jul. de adult. (9, 9), eodemque modo facile explicari potest fr. 41 D. de R. J. neque opus est emendatione illa critica, secundum quam pro „repetitioni" omnibus manuscriptis obstantibus „retentioni" legendum esset [8]). Cf. fr. 1 D. fr. 12 de exc. et praesc. (44, 1) fr. 19 de probat. et praesc. (22, 3). Denique singulare quiddam in legibus notandum est, in dirutis enim aedificiis res et materiae ad aedificandum necessariae peti possunt, neque vero impensae, ut apparet ex fr. 7 §. 10 de acq. rer. dom. (41, 1) et ex const. 2 Cod. de R. V. (2, 32). Usus fori autem certissime illam supra memoratam communem opinionem secutus est [9]). Possessori autem non modo exceptio, verum etiam retentio concessa est, non idcirco quia possidet, sed ex ipsa retentionis natura, quia tamdiu cum eo actor in obligatione est, quamdiu impensas non restituit. Nihil enim aliud retentio est, nisi jus rei tamdiu retinendae, quamdiu mutua obligatio nondum soluta est. Hoc jus ob impensas in rem factas possessori claris verbis concessum est fr. 33 de cond. indeb. (12, 6) fr. 2 pr. de L. Rh. (14, 2) fr. 14 pr. de donat. (39, 5) fr. 14 §. 1 comm. div. (10, 3). Quas vero exceptiones haec regula patiatur, infra accuratius videbimus. Illud autem tenendum est, impensas cum fructibus perceptis compensari et posse et debere. Fr. 48 de R. V. (6, 1). Si possessor rem nullis impensis deductis tradidit, ei condictio indebiti ob has impensas concessa est. Fr. 12 §. 6 de cond. indeb. (12, 6) fr. 5 §. 2

---

8) *Godofr.* de R. J.. *Cujacius* eod. loco. *Fab.* ration. de her. pet. (5, 3) ad §. 38 haec: sic procul dubio accipi debet, ut eos repetant per retentionem tantum, non per actionem.

9) *Molinaeus* ad Cons. Par. t. 1. §. 1. Gl. No. 105. *Struven* 11 th. 36.

Digitized by Google

D. de imp. in res dot. (25, 1). [10]) Sed usus fori hodiernus actionem in factum concedit detrimenti reconcinnandi causa.

§. 5.

Videamus nunc, quomodo ea, quae de omnibus impensis diximus mutata atque restricta sint:

1) In doctrina de possessione.

In doctrina de possessione haec de impensis tenenda sunt:

1) Impensae necessariae, sine ullo inter bonae et malae fidei possessorem discrimine, semper restituendae sunt. Const. 5 Cod. de rei vind. (3, 32). [11]) Omnes autem impensae dicuntur necessariae, quae fructibus procreandis et conservandis inserviunt, ideoque semper in calculum vocantur, ubi de fructibus restituendis agitur. Fr. 36 §. ult. de her. pet. (5, 3) fr. 7 solut. matr. (24, 3) fr. 51 pr. fam. herc. (10, 2). Sed eatenus modo impensae restituendae sunt, quatenus petitori ob has impensas in rem factas verum commodum accrescit, ditiorque factus est, idque similiter in bonae et malae fid. possessore servatur. A plerisque quidem et b. et m. f. possessori sine ulla limitatione impensarum postulatio conceditur, at *a)* nullam impensarum restituendarum causam videre licet, si petitori nullum commodum ex his impensis accrevit, tota enim de impensis doctrina, ut jam supra commemoravimus, in hoc fundamento et principio posita est: aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria locupletiorem fieri. *b)* Ex iis, quae antea diximus, apparet, possessorem nullam habere actionem; quodsi res casu aliquo perierit, contra eum etiam actioni locus non erit, ideoque exceptionis quoque remedium inutile habetur. Res autem aliter se habet, si interitus rei factus culpa possessori imputari poterit, tunc enim quasi re adhuc exstante judicandum erit, nam pretium rei in locum rei ipsius succedit, et ab hoc pretio impensae erunt detrahendae. Unicus tantum locus in Digestis communem opinionem adjuvare videtur, fr. 38 D. de her. pet. (5, 3). Hoc

---

10) *Valett* Abhdlgen. I. p. 45—48.

11) *Cujac.* lib. 10. obs. 1.

Digitized by Google

loco b. f. possessori semper jus detrahendarum impensarum conceditur, etiam re non amplius exstante; mala fid. possessor secundum hoc fragmentum tantummodo deducere potest, quanto res ipsa meliorata est. Jam Faber hunc locum toti de impensis doctrinae adversarium esse putat; in ration. ad hunc locum haec profert: „est igitur loci hujus sententia perabsurda, sive imperito alicui interpreti tribuere eam velis, sive quod magis credideris Tribonianae jurisprudentiae, cui familiare est, ut comparationes istas et similitudines conquirat ex iis, quae simile nihil omnino habeant." Sammet quidem in hermeneutica juris haec de Fabero profert: „saepius quam par est emendat (Faberus), fingit sine justa causa emblemata Triboniani, quoties in angustiis versatur." Nobis hac ratione fragmentum supra memoratum facile explicari posse videtur, si modo Pauli verba ad hereditatem tantum trahenda esse putamus. Quam sententiam ratio gravis, quae in rerum singularum possessione adhiberi nequit, vel maxime adjuvat; illic enim possessor postulationem tantum habet, utiliter ei mansuram, hic retentionem tantum, aut exceptionem, quae si res singula perierit, simul peribit. Illud quoque tenendum est, fundamentum, in quo tota de impensis doctrina posita est, in hereditate, quia hereditas universitas est, durare, in re singulari simul cum re ipsa cessare; tota enim universitas impensis in unam rem factis locupletata est, ideoque eatenus impensae restituendae sunt; in re singulari autem omnia haec aliter se habent [12]). Idcirco etiam in hereditate par est conditio possessoris et petitoris, possessor enim, quamvis sit b. f. possessor, fructus jam perceptos restituere debet. Fr. 20. §. 3. 12. de her. pet. (5, 3). Furi autem impensae nunquam restituuntur, multi quidem, legibus expressis obstantibus, furem in impensis necessariis eadem modo, quo m. f. possessorem tractandum esse censuere [13]). Cf. fr. 13 de cond. furt. (13, 1). Const. 1 Cod. de infant. expos. (8, 52).

12) *Cujac.* quoque (in Paul. lib. XX ad edict. ad l. 38.) hujus fragmenti discrimen de b. et m. f. poss. ad hereditatem tantum spectare existimat.

13) *Harprecht* ad §. 31 J. de act. No. 23 cet. *Cujac.* ad Paul. Ed. Lib. XXI ad fr. 13 cet.

Digitized by Google

§. 6.

2) *Impensae utiles* a b. f. possessore deduci possunt, si petitor his impensis re vera locupletatus est, neque res, quibus impensae constant — impensas ipsas intelligo — demere et a re principali separare mavult. Si b. f. possessor impensas ipsas a re demere et separare debet, quia dominus ei impensas restituere neque vult, neque etiam cogi potest, detrimentum aliquot vel molestia aliqua, quae in dominum cadit, ab eo ferenda est; neque vero pristinum rei statum possessori deteriorare, sibique verum commodum parare licet, petitor enim semper tale commodum, pecunia data, sibi acquirere potest [14]). Necesse est igitur si postulatur, ut impensae restituantur:

a) Actorem re vera locupletiorem factum esse. Ideo desideratur: 1) ut meliorationes adhuc durent et exstent. Fr. 29. 38 sq. D. de R. V. (6, 1). Locum posteriorem tantummodo b. f. possessorem respicere luculenter apparet ex verbis „imprudens emere“, quod idem est, ac bona fide emere. Fr. 52 §. 3 pro socio (17, 2) fr. 24 §. 1 de act. E. V. (19, 1) fr. 17 §. 4 de aed. ed. (21, 1). 2) Actor tam locuples sit oportet, ut impensas reddere possit, neve suas res distrahere cogatur. Fr. 38 D. de R. V. (6, 1). Semper autem praesumitur actorem locupletatum esse, si rem venalem habuerat, aut ut eam occasione data venderet, sibi proposuerat, fr. 29. fr. 38 de R. V. (6, 1) aut si impensas a possessore factas ipse fecisset. Fr. 38 de R. V. (6, 1).

b) Necesse est, domino liberum sit arbitrium, utrum restituere, an pati velit, ut impensae aut tollantur aut deducantur a possessore. Quae res et cum ipsis hujus doctrinae principiis cohaeret, quia actoris locupletatio tunc cessat, et cum illa in omnibus contractibus observanda regula, secundum quam nemo, ut rem emat, cogi potest. Const. 16. Cod. de jure delib. (6, 30).

c) Si impensis tollendis domino detrimentum ac molestiae afferuntur, habeat sibi, haec enim a possessore non curantur, arg. fr. 37 de R. V. (6, 1).

14) *Donellus* l. c. L. 22. c. 7.

Digitized by Google

Nam in fine hujus fragmenti solummodo m. f. possessori impensas tollere conceditur, si id sine domini dispendio fieri possit, sequitur ergo ex argumento a contrario, b. f. possessorem etiam cum domini dispendio impensas tollere posse.

d) Pristinum rei statum deteriorem facere possessori vetitum est, ut apparet e L. 38 D. de rei vind. (6, 1). Malae fid. possessori neutiquam concessum est, tollere impensas utiles, fr. 7 §. 12 de acq. rer. dom. (41, 1) fr. 37 de rei vind. (6, 1) Const. 5 Cod. de rei vind. (3, 32), nisi in hereditate, si id sine petitoris dispendio et sine rei ipsius damno fieri potest. Fr. 38 D. de her. pet. (5, 3).

3) Impensae voluptuariae tum solum b. f. possessori restituuntur, si aut dominus re vera his impensis locupletior factus est, aut in hereditate, fr. 39 §. 1 de her. pet. (5, 3). Alioquin sola tollendi potestas ei, quemadmodum malae fid. possessori concessa est. Dominum autem locupletiorem factum esse leges praesumunt, si re ad vendendum proposita majus pretium ob has impensas in rem factas adipiscitur, aut ipse dominus has impensas fecisset. Fr. 25 de pign. act. (13, 7) fr. 10 mandat. (17, 1) fr. 30 de R. V. (6, 1). Malae fid. possessori etiam tollendi jus conceditur, ut luculenter apparet e fr. 39 §. 1 de her. pet. (5, 3), nihil enim aliud sibi vult vox „supervacuas".

§. 7.

2) In doctrina de usufructu.

Sequitur ex principiis, quae in tota de impensis doctrina eodem modo servantur, tunc demum usufructuario impensas restitui oportere, si impensae non modo usufructuario profuerunt, sed dura rei commodum attulerunt. Quam ob rem usufructuarius omnia onera necessaria, omnesque impensas necessarias ususfructus causa factas ferat necesse est; fr. 7 §. 2. fr. 27 §. 27 sq. de usufr. (7, 1); jure naturae enim aequum est, incommoda cujusque rei eum sequi, qui commoda quoque habet; fr. 10 de R. J. Si vero ejusmodi impensae sunt, ut non modo usufructuarii commodum spectent, verum etiam proprietario prosint, tum usufructuario impensae restituendae

Digitized by Google

sunt. Fr. 7 §. 2 de usufr. (7, 1). Const. 7 Cod. de usufr. (3, 33). Hac ratione explicanda est vox „modica", hic enim certam summam constituere neque voluit neque potuit lex. Cf. glossam ad h. l. [15]) Sed singulare quiddam habet jus Rom. in aedificiis aedificandis. Quamquam enim fieri potest, ut usufructuarius sui tantum commodi causa aedificium exstruxisse videatur, remanet tamen aedificium proprietario, est ergo quod proprietarius impensas restituat, vel eas tolli permittat, usufructuarius enim bonae fid. possessor est, neque eum ex illo tempore, quo aedificium exstruendum curavit, in malo fide versari putare possumus. Proprietarium quidem ut impensas restituat cogi non posse, luce clarius est, quia nemo ut contractum ineat cogitur. Const. 5 Cod. de O. et A. (4, 10). Sed singulare quiddam hic introduxit jus Romanum, nam ne tolli quidem impensas hic permissum est, ut apparet e fr. 2 de superf. (43, 18) fr. 23 de R. V. (6, 1) fr. 74 de R. J. Domo autem diruta, quominus materias vindicet, non prohibetur usufructuarius. Fr. 15 pr. de usufr. (7, 1) fr. 7 §. 10 de acq. rer. dom. (41, 1). Const. 2 Cod. de R. V. (3, 32).

§. 8.

3) *In doctrina de emphyteusi.*

Quum emphyteuta omnes fructus, omniaque commoda agri vectigalis habeat, §. 3 J. de loc. cond. (3, 25) fr. 1 pr. §. 1 si ager vect. (6, 3), et emphyteutae jus quasi dominium quoddam revocabile sit, omnia quoque onera, omnes culturae ususque impensas eum sustinere oportet. Const. 2 Cod. de jure emph. (4, 66). Eas modo impensas, quae non in contractus natura collocatae sunt, repetere eum licet. Nov. 120. c. 8.

§. 9.

4) *In doctrina de contractu pigneratitio.*

Hic quoque quoad impensas valent principia supra relata; concedunt quidem leges creditori actionem pigneratitiam contrariam, ut impensas in rem factas recuperare possit, neque vero in ipsis impensis necessariis sine ulla limitatione, ut plerumque docent, sed tum solum, si debitori non omnia

15) *Faber* ration. ad fr. 7. §. 2. de usufr.

Digitized by Google

commoda rursus perierint. Utiles autem impensae solummodo repeti possunt, si ab ipso domino coeptae, aut eo consentiente factae sunt, leges enim hac de re sic loquuntur: ut neque delicatus debitor, neque onerosus creditor audiatur. Cf. fr. 8 pr. h. t. fr. 25 eod. (13, 7). Const. 7 Cod. eod. (4, 24). [16]

§. 10.

5) *In doctrina de dote.* [17]

Impensae necessariae in dotem factae, si iis dos augetur, neque impensae in fructus solum a marito concipiendos factae sunt, semper restituantur oportet. Fr. 1 §. 2. 3. fr. 3 §. 3. fr. 15. fr. 16. fr. 13. D. de imp. in res dot. (25, 1). [18]

Ob has necessarias impensas recentiore jure Rom. retentio etiam et compensatio viro concessa est, vetus jus Rom. dederat condictionem indebiti et actionem neg. gest. vel mandati actionem. Fr. 5 §. 2 de imp. in r. dot. (25, 1) fr. 56 §. ult. de jure dot. (23, 3). Const. un. §. 5 Cod. de rei uxor. act. (5, 13). [19] De significatione et interpretatione verborum: „ipso jure minuitur dos", videas Ulp. ipsum fr. 5 D. h. t. (25, 1). [20]

Impensae utiles restituuntur si sciente et volente uxore factae sunt, neque ad eam magnitudinem accreverunt, ut uxor dotem ipsam impensarum restituendarum causa distrahere cogatur. (Hac ratione explicanda est vox „modica". Fr. 8. h. t. (25, 1). Const. un. Cod. de rei ux. act. (5, 13). Antiquis temporibus etiam ob has impensas jure retentionis uti poterat ma-

---

16) *Paul.* sent. rec. 2, 14. §. 7. *Schulting* ad Paul. sent. rec. 2, 14. not. 1 jus ant.

17) *Donelli* com. jur. civ. l. 14 c. 8 §. 4 sq. *Majansii* disp. de imp. in r. dot. f. (disp. jur. civ. T. 1. disp. 28.) *Valett* diss. de retent. ex dote faciendis. *Glück* tom. XXVII. p. 374—454.

18) *Wernher* lect. c. L. 25 t. 1. §. 2. *Müller* ad Leyser. obs. 375, a quo discrepat *Leyser* sp. 321.

19) *Thibaut* Pand. §. 858. *Glück* t. XXVII. p. 382 sq. Aliam opinionem secuti sunt *Valett* in diss. tom. I. No. 1. Pand. §. 800 sq. *Voët* L. 25. t. I. §. 1. Cf. *Schenk* das Retentionsrt p. 203—209. 227—229.

20) *Valett* Pand. §. 800. *Glück* t. XXVII. p. 380. N. 19. *Cujac.* obs. 23. obs. 12.

Digitized by Google

ritus, quod jus ei a Justiniano ademtum est const. un. §. 5. Cod. de rei ux. act. (5, 13), [21]) idque sine ulla limitatione, voluit enim Justinianus, ut dos statim et tota restitueretur. Neque vero uxoribus tantum benevolum se praestitit Justinianus, maritum quoque non neglexit; si enim maritus uxore mandante impensas fecerat, mandati actionem ei concessit Justinianus, negotiorum gestorum actionem vero, si sciente uxore impensas fecerat, et impensis his re vera doti incrementum additum erat, ei concessit. Adde fr. 79. de V. S.

Quod adtinet ad impensas voluptuarias illud tenendum est; marito neutiquam licet petere impensas voluptuarias, tollere autem et detrahere eas potest, si id sine rei ipsius damno fieri potest, neque etiam ei prodest, has impensas sciente et volente uxore factas esse. Si uxor autem non parata est pati maritum sine ullo rei damno impensas voluptuarias tollentem, vel si ita rem pluris vendere potest, exactionem patitur. Const. 1 §. 5 Cod. cit. fr. 9. 10. 11. D. h. t. [22])

§. 11.

6) *In doctrina de hereditatibus.*

Impensae necessariae et utiles a b. f. possessore etiam re non amplius exstante postulari queunt, a malae fidei possessore tum tantum, si impensae ab eo factae adhuc durant et exstant. Fr. 38 de her. pet. (5, 3). Plerumque quidem hoc discrimen inter impensas exstantes et non exstantes ad impensas utiles tantum refertur, at contra clara et expressa fragmenti cit. verba, quod de impensis et necessariis et utilibus loquitur, ac solummodo, ubi de restituendis impensis agitur, inter bonae fidei et malae fidei possessorem discernit. Patet autem per se, cum ipsi fructus restituendi sint, impensas in fructus factas, restituendas esse; fr. 51 fam. herc. (10, 2) fr. 36 §. ult. de her. pet. (5, 3); valet tamen hic quoque discrimen inter bonae et malae fid. possessorem, ita ut bonae fidei possessori etiam impensas fru-

21) *Thibaut* §. 358 b. *Cocceji* jus controv. L. 25. t. I. *Lauterbach* coll. L. 25. t. I. §. 10. *Valett* §. 802.
22) *Thib.* Pand. §. 358 c.

Digitized by Google

stra factas restitui necesse sit. Fr. 37 de her. pet. (5, 3). [23]) Voluptuariae impensae bonae fid. possessori tantum restituuntur; malae fid. possessori sola tollendi facultas relicta est, si id sine ullo rei detrimento fieri potest. [24])

§. 12.

7) *In doctrina de commodato.*

Impensae necessariae hic peti possunt actione commodati contraria, uno tantum casu excepto, in quo ex commodati natura commodatarius impensas faciat oportet, e. g. si servi in commodatum dati sunt, vel si animalia. Impensae exiguae ex commodati natura in aestimationem non veniunt, quia omnis utilitas penes commodatarium est. Id apparet e fr. 18 §. 2 commod. (13, 6). Impensae utiles non restituuntur, nisi ex speciali causa, ergo si ex domini voluntate eoque sciente impensas fecerat commodatarius, ut in contractu pigneratitio. Retentionis jus commodatario nequaqum conceditur. Fr. 18 §. 2. 4. D. commod. Const. ult. Cod. de comm. (4, 23). [25])

§. 13.

8) *In doctrina de deposito.*

Eadem, quae de commodatario diximus, etiam de depositario dicenda sunt, nisi quod illa de alimentis exceptio hic locum habere non potest, depositario enim alimenta restituenda sunt. Fr. 12 §. 1. fr. 23 D. depos. (16, 3). Alia autem res hic notanda est; depositario enim ex novo jure Romano ob impensas factas nullum retentionis jus conceditur. Const. 11 Cod. depos. (4, 34) cf. Const. 14 Cod. de compens. (4, 31) §. 30. Inst. de act. (4, 6). Nov. 88. c. 1.

§. 14.

9) *In doctrina de contractu emti venditi.*

Venditor semper impensas necessarias contractu perfecto factas actione venditi petere potest, utiles quoque, si verisimile est, emtorem quoque eas

---

23) *Thib.* Pand. §. 894. *Fab.* rat. ad h. l. de her. pet.

24) *Donelli* comm. ad Lib. 30 c. 7. *Fab.* rat. ad h. l. *Thib.* §. 894.

25) Dissentientes autem nominandi sunt: *G. L. Boehmer* de jure retent. §. 13. *Faselius* ve jure ret. §. 19. n. c.

Digitized by Google

factorum fuisse. Fr. 18 §. 22 D. de act. E. V. (19, 1) Const. 16 Cod. eod. (4, 49). Voluptuariae autem impensae, quum de his leges sileant, peti nequeunt.

§. 15.

10) In doctrina de contractu locati conducti.

Conductori non modo necessariae impensae restituendae sunt, sed etiam illae, quas agricolendi causa ultimo anno impendit; ad has impensas consequendas habet conducti actionem. Utiles sumtus tunc demum in calculum vocantur, si durans rei commodum dederunt, neque locatori nimis graves ac molestae sunt. Fr. 55 §. 1. fr. 61 pr. D. locati (19, 2). [26] Procul dubio omnes quoque impensae restituendae sunt, ad quas faciendas locator consenserat. Fr. 61 cit. Neque obstat fr. 19 §. 4 eod. hoc enim fragmentum solummodo de conductore impensas tollere volente loquitur; id conductori quoad voluptuarios impensas semper licet, si enim locator prohibere vult, quominus id fiat, impensae aut a pretio solvendo detrahuntur, fr. 1 §. 3 de via publ. (43, 10), aut a locatore postulari queunt. Fr. 55 h. t. (19, 2).

§. 16.

11) In doctrina de societate.

De impensis restituendis in generalibus tantum societatibus sermo esse potest, nequaquam vero in societatibus universalibus; in his enim omne lucrum, omne damnum, omnesque impensae communes sunt, neque respicitur quantum quis ad suas res contulerit, neque quantum impenderit. Ideo etiam in capita dividitur [27]), nulla ratione habita, an quis plus minusve ad societatem contulerit. Fr. 52. fr. 73 §. 1. fr. penult. §. 2 pro socio (17, 2). Quemadmodum autem ex omnium aliarum societatum natura, quae non sunt universales societates, pro rata collationis lucrum et damnum dividitur, sic etiam impensae necessariae et utiles pro rata computantur; fr. 38 §. 1. fr.

---

26) *Huber* praelect. ad D. L. 19. t. 2. §. §. 7—18.

27) *Thibaut* §. 541. *Lauterbach* L. 17 t. 2 §. 18. *Struv.* synt. Cod. Th. 27. *Voet* ib. §. 27. Dissentiens citandus est *Valett* Pand. §. 547.

Digitized by Google

52 §. 4 pro socio (17, 2); ei qui impensas fecit, etiam usurae dantur. Fr. 67 §. 2 D. pro socio (17, 2).

§. 17.

12) In doctrina de mandati contractu.

Omnes impensae a mandatario ex natura negotii pro mandante factae, a mandante mandatario praestentur oportet. Ab omnibus quoque obligationibus, quas pro mandante inivit et suscepit, liberandus est mandatarius. Fr. 45 §. 5. fr. 26 §. 4. 7. mand. (17, 1). fr. 12 eod. Sin mandatarius fines negotii transgreditur, nihil ei a mandante restituendum est. Fr. 21. fr. 33. fr. 3 §. ult. fr. 8 h. t. (17, 1). Impensae cum usuris etiam restituendae sunt, si alias mandatarius usuras consequi potuit. [28]) Fr. 10 §. 9. fr. 12 §. 9 D. h. t. Const. 20 §. 1 Cod. mand. (4, 35). Tum quoque sunt restituendae impensae, si inutiliter et frustra factae sunt, dummodo mandatarius considerate ac consulte egerit. Id autem tenendum, solummodo impensas ad mandatum bene conficiendum necessarias actione mandati peti posse; ob impensas utiles negotiorum gestorum actio concessa est.

§. 18.

13) In doctrina de negotiorum gestione.

Impensas a negotiorum gestore factas dominus restituere debet. Fr. 2. fr. 45 pr. D. h. t. (3, 5). fr. 28. 35. eod. Inde etiam ab obligationibus in hunc finem susceptis liberandus est negotiorum gestor, fr. 2 eod. operis vero, laboris et molestiarum remunerationem negotiorum gestor petere nequit. Omnes impensae considerate et convenienter factae restituendae sunt, quum ea quoque utiliter facta habeantur, quae ex voluntate domini facta sunt. Fr. 31 §. 4 h. t. fr. 10 D. eod. Qua de causa voluptuariae impensae nequaquam restituuntur. Fr. 27 pr. D. h. t. (3, 5). fr. 3 §. 4 D. de in rem verso (15, 3); quae regula eodem modo in versione in rem secundum analogiam negotiorum gestorum servatur. Fr. 17 pr. de in rem verso (15, 3). Negotio autem a domino approbato, omnes cujuscunque generis impensae restituendae sunt;

---

28) *Lauterbach* §. 37.

quodsi plus aequo impenderit negotiorum gestor, tantum certe restituendum est, quantum considerate aptaque impenderit. Fr. 9. fr. 25 D. h. t. Quum prosper impensarum successus casu quodam turbatus et impeditus est, tamen restituantur oportet, si modo initio considerate et prudenter factae sunt impensae. Fr. 10 §. 1. fr. 12 §. 2. fr. 22 D. h. t. [29]) Si vero negotiorum gestor hujus interitus causa fuit, habeat sibi, nihil enim tunc restituitur. Fr. 22 h. t. In casibus autem nunc nominandis in tantum modo impensae restituuntur, quantum dominus locupletior factus est:

a) Si pupilli negotia gesta sunt. Fr. 3 §. 4. fr. 6 pr. fr. 37 pr. D. h. t. Const. 2 Cod. h. t. (2, 19).

b) Qui mala fide aliena negotia gessit, suum autem commodum spectavit, huic eatenus modo impensae restituuntur, quatenus locupletior dominus factus est. Fr. 6 §. 3 D. h. t. (3, 5).

c) Ille negotiorum gestor, qui negotia non necessaria et supervacanea gessit, quae dominus gerere non consueverat, etiam damnum ex casu fluens praestat. Fr. 11 D. h. t.

Usurae tunc demum negotiorum gestori ob impensas restituuntur, si ipse ob has impensas usuris caret; usuras autem semper ex impensarum veritate tantum computari manifestum est. Fr. 19 §. 4 D. h. t. fr. 37 D. de usuris (22, 1) Const. 18 Cod. de neg. gest. (2, 19).

Hae impensae semper fere a domino restituendae sunt, interdum quoque a tertio, si tertii interfuit, gesta esse negotia, fr. 6 pr. §. 6. fr. 46. pr. D. h. t. (3, 5), et tum demum a tertio in subsidium modo impensae postulari queunt, et quatenus locupletior factus est. Fr. 27 eod.

Qui animo donandi impensas fecit, ei non restituuntur, fr. 4. fr. 27 §. 1. fr. 44 D. h. t. Const. 11. 12. 15. Cod. h. t. animo donandi autem factas esse impensas plerumque [30]) in voluntariis impensis non praesumitur. Const. 13 Cod. h. t. Const. 3 Cod. de contr. jud. (5, 58) Const. 1 Cod. ubi pup. (5, 49); eodem modo impensae peti nequeunt, si negotiorum gestor, se ne-

29) Cf. *Waechterum* de hac re in libro: Archiv f. d. civ. Praxis Tom. XX. part. 3. No. 11.
30) Exceptionem habet *Thib.* Pand. §. 243.

gotia sine ulla impensarum restitutione gestorum promisit; hac ratione explicandum est fr. 10 pr. D. h. t. Si dominus tales impensas sustinere nequit, jamque antea declaravit, se his impensis imparem esse, negotiorum gestori impensae non restituuntur. Fr. 10 §. 1 h. t. Idem de pupillo dicendum est. Fr. 3 de contr. tut. et ut act. (27, 4). Cf. fr. 25 de pign. act. fr. 38 deR. V. (6, 1).

Si quis negotia sua gratis obtulit, ei nullius generis impensae restituuntur. Const. 2 in fin. Cod. h. t. idemque valet, si quis domino invito negotia gessit. Const. 24 Cod. h. t. Quodsi negotiorum gestori licito interdicto, vel scripto vel coram testibus pronunciato, negotiorum gestio vetita est, nihil restituitur; illicitum autem interdictum et unilaterale non respicitur. Fr. 14 §. 13 de relig. (11, 7). [31]

Si tota negotiorum gestio initio jam domino inutilis fuit, neque ullum commodum ei praebuit, idem erit dicendum, quod de negotiis inscio et invito domino gestis dictum est. Negotiorum gestori concessa est actio neg. gest. contraria, vel actio contraria, si dominus negotium jam ratum habuit.

Malae fidei possessori nihil restituitur, nisi impensae adhuc exstant et durant. Fr. 6 §. 3 h. t. Quam legum sententiam ita mutavit doctrina, ut malae fidei possessori necessariae impensae semper restituendae sint; cui doctorum sententiae legibus contrariae accedere noluimus, nam Const. 5 Cod. de R. V. (3, 32) nihil aliud dicit, nisi malae fid. possessorem ob impensas necessarias exceptionem habere, quatenus autem habeat hanc exceptionem, ex hac lege perspici nequit, sed e fr. 6 §. 3 cit. [32]) de hac re ipsa loquente.

§. 19.

14) In doctrina de sumtibus funebribus.

Si quis nullò jure cogente alterius cujusquam sepulturam curaverit, actio funeraria ei ob impensas in eos concessa est, quibus sepulturae onus

31) *Brunnemann* comm. ad Pand. L. 3 t. 5 ad L. 43. Archiv f. civ. Praxis t. VIII. parte 2. pag. 265. 266.

32) Dissent. citandus est *Thib.* §. 630. A. 1. Conf. *Noodt* prob. L. 4. c. 9. *Waechter* opusc. p. 324 — 329.

injunctam fuit. Haec actio est sine dubio species actionis neg. gest. contrariae, sed a Romanis seorsum tractata. Fr. 12. §. 2. 3. D. de relig. (11, 7). [33]) Unusquisque e populo alterius cujusquam sepulturam curare potest, fr. 12 eod. etiam contra obligati interdictum, fr. 14 §. 13 eod. et unicuique haec actio ad recuperandas impensas funeris causa factas concessa est. Si quis hac sepulturae curatione coheredum quasi negotia gessit, impensasque fecit, hae impensae actione fam. hercisc. repetendae sunt. Fr. 14 §. 12 eod.

Principia actionis neg. gest. etiam in actione funeraria locum habent. Ideoque nihil peti potest, si animo donandi sepultura facta est, et in eum modo actio competit, cui sepulturae onus injunctum erat. Fr. 14 §. 7. 17. D. eod. Praecipue autem heredibus pro magnitudine portionis hereditatis hoc sepeliendi onus injunctum est. Fr. 12 §. 4. fr. 31 pr. §. 1 eod. Heredem sequuntur in sepulturae curatione parentes atque maritus, parentes autem ante maritum, nisi quid e re uxoris ad maritum venerit. Fr. 16—23. fr. 28 eod. Id vice versa de uxore eodem modo contenditur [34]); plerumque etiam omnes aliae personae, qui defuncto alimenta dare debebant, ad sepulturam curandam obligatae habentur. [25])

Hic quoque valet regula, eas solum impensas repeti posse, quae honestae et accommodatae opibus defuncti erant, neque impedit, quominus repetantur, si etiam defunctus contrarium jusserat neque vero his impensis ignominiam defuncto injungere licet. Fr. 14 §. 5. 6. 10. D. h. t. Const. 5 Cod. de his quae ut indign. (6, 35). [36]) fr. 12 §. 5 D. h. t. fr. 21 eod.

Jam vero ea, quae propria sunt actioni funerariae, accuratius tractemus:

a) Huic actioni privilegium exigendi concessum est, ita ut impensae funerariae in creditorum concursu in quarta classe collocentur. Fr. 45 D. h. t. communis autem opinio est, in prima classe has impensas collocari oportere. Hoc autem privilegium non tam actioni, quam ipsis impensis concessum est,

---

33) *Stevogt* de act. fun. Jena 1690. *Gratama* opusc. acad. No. 6. *Glück* tom. XI. §. 772.

34) *Thib.* §. 639. *Brunnemann* ad fr. 44. eod. Carpzov. p. h. const. 25. dec. 7.

35) *Stryk* L. 11. t. 7. §. 42.

36) *Hübner* de minuendis funer. sumpt.

Digitized by Google

ita ut, si hae impensae alia actione postulantur, eodem modo hoc privilegium locum habent. Fr. 17 pr. D. de reb. auct. jud. (42, 5).

b) Ei quoque haec actio competit, qui sua negotia se tractare opinatus est. Fr. 14 §. 11. fr. 32 pr. D. h. t.

c) Actio funeraria in subsidium semper est, si nulla alia actio locum habet, fr. 14. §. 12. 15. D. eod. ideo non competit ei, qui funeris curatori merces et materias funeris curandi causa dedit, vel operas praestitit, quia huic aliae actiones competunt; ea tantum exceptio huic regulae addita est, si funeris curator non est solvendo. [37])

d) Haec actio locum habet in impensis funeris causa factis, i. e. in his tantum impensis, quae ad funus curandum necessariae fuerunt; huc referenda cadaveris curatio, ejus transportatio, emtio loci ubi defunctus sepeliatur. Fr. 14 §. 3. 4. 6. fr. 37. pr. D. eod. Impensae autem monumenti exstruendi causa et ob vestes lugubres factae non restituuntur. Fr. 37 §. 1 D. eod.

e) Qui nimis parce atque anguste funus curavit, nihil repetere potest. Fr. 14 §. 10 eod.

Haec igitur actio locum habebat, si nemo eorum, qui obligati erant, sepulturam curavit, neminique mandatum datum fuit. Quod si vero defunctus alicui mandatum dederat, hic, si sepulturam curavit, ob impensas mandati actionem habet in eos, quibus per se sepulturae officium injunctum est. Fr. 14 §. 1 eod.

§. 20.

15) In doctrina de tutela et cura.

In negotiis a tutore pro pupillo gestis valet negot. gestionis analogia. Ab omnibus igitur obligationibus, quas tutor pro pupillo suscepit, liberandus est. §. 27. Inst. de obl. quasi ex contr. (3, 28). fr. 6 D. de contr. tut. et ut act. (27, 4). Omnes impensae, quas ex propriis ad pupilli commodum fecit, ei restituendae sunt. Fr. 33 §. 2 D. de adm. tut. (26, 7). Const. 3. Cod. de adm. tut. (5, 37). Const. 4. Cod. de in lit. jur. (5, 44).

---

37) *Dabelow* v. Concurs. Editio secunda p. 191. 597.

Digitized by Google

Sed illae tantum impensae, quae conveniente r apteque factae sunt, restituuntur, etiamsi prosperum successum non habuerunt. Fr. 9 §. 6 D. de adm. tut. (26, 7). fr. 3 pr. §. 7 D. de contr. tut. et ut act. (27, 4). Usurae quoque ob impensas a tutore peti possunt, si nulla pupilli pecunia adfuit, ipseque ob hanc rem usuris caruit, fr. 3, 1—6 D. 27, 4; solummodo autem usurae in terra, ubi tutor domicilium suum habet, consuetae restituuntur, nisi tutor grandiori fenore pecuniam occupare coactus erat. Tutor aut in rationibus componendis compensae potest, aut uti actione tutelae contraria, ut impensae ipsi restituantur. Fr. 1 §. 4 D. 27, 4. Const. 2 Cod. (5, 44) Const. 3 Cod. de contr. jud. tut. (5, 58). Actio tutelae contraria curatori quoque concessa est, ita ut, cum tutor hac actione solummodo finito officio uti possit, curator adhuc durante officio, quominus agat, non prohibeatur, fr. 1 §. 2. 3. D. 27, 4; est autem haec actio, quae curatori concessa est, actio utilis; at curator etiam actione negotiorum gestorum uti potest. Protutori actio protutelae concessa est.

His actionibus illas quoque petere potest impensas tutor, quas nondum suscepto tutoris officio, et quas finito officio fecerat. Fr. 3 §. 8. fr. 5 D. de contr. tut. act. (27, 4).

§. 21.

16) In doctrina de communione incidenti.

In communione incidenti unicuique impensae necessariae et utiles convenienter apteque factae, nulla successus ratione habita, pro rata ab aliis restituuntur. Fr. 4 §. 3. fr. 14 §. 1 D. comm div. (10, 3). Const. 18 §. 1 Cod. fam. herc. (3, 36). Usurae etiam a tempore, quo factae sunt impensae, dari solent. Uno quidem casu excepto nullam hac de re legem habemus, habemus autem analogiam. Casus ille modo memoratus est hic: Impensae aedificii communis restaurandi causa factae unicuique intra quatuor menses cum usuris centesimis restituantur oportet, alioquin is, qui impensas fecit, unicus fit aedifici dominus, nisi se damno levari praefert. Fr. 52 §. 10 D. pro socio (17, 2). Const. 4 Cod. de aedif. priv. (8, 10).

Digitized by Google

Ob has, quemadmodum ob alias impensas semper postulari potest, ut res communis dividatur, nisi convenerit, ne intra certum tempus haec divisio fiat. Quodsi vero divisio statim perfici nequit, cautiones certe postulari possunt. Fr. 8 pr. fr. 19. fr. 25 §. 10 C. fam. her. (20, 2). fr. 15. fr. 6 D. com. div. (10, 3). Quas propter impensas in rem communem factas hae actiones concessae sunt: actio communi dividundo, actio finium regundorum, et actio familiae herciscundae. Hae actiones omnes sunt judicia duplicia. Finium regundorum actio sine dubio arbitraria actio esse videtur, aliae duae sunt bonae fid. actiones. Fr. 4 §. 2. fr. 14 D. com. div. (10, 3) Const. 9 Cod. fam. her. (3, 36). Actione communi dividundo non modo ut dividatur, sed etiam ut aliae omnes obligationes solvantur peti potest, ideo etiam haec actio ad impensas recuperandas concessa est.

Si quis alio mandante impensas fecit, ob has impensas habet mandati actionem, si vero pro suo fecit has impensas, ea modo juris subsidia ei concessa sunt, quae reis in rei vindicatione competunt, i. e. exceptio tantum quamdiu possidet, fr. 48 de R. V. (6, 1) §. 30 J. de rer. div. (2, 1) fr. 7 §. 12 de A. R. D. (41, 1) [38]), omnes quoque impensas, quas tollere ei permissum est, apud rem relinquere debet, si actor has impensas se restituturum pollicetur, fr. 38 de R. V. (6, 1); idque de his impensis semper deducendum erit, quod fructibus perceptis acquisitum est. Fr. 48. fr. 65 eod. Usu fori vero negotiorum gestorum quoque actio utilis conceditur. [39])

Si quis nullo mandante, sed sciens pro communi re impensas fecit, in hac re aut proprium commodum atque utilitatem respicere potuit, et aliorum res neglexit [40]), tum ei negot. gestorum actio concessa est, fr. 40 de neg. gest. (3, 5) fr. 41 pr. de R. C. (12, 1); aut cum suis negotiis aliorum negotia conjunxit, tum ei vel actio communi dividundo, vel negot. gestor. actio competit.

---

38) *Thib.* §. 710. Not. k.

39) *Wunderlich* de remed. quae pro servandis recuperandisve expensis cet. competunt. *Struben* rechtl. Bedenk. tom. 3. §. 76.

40) *Thib.* §. 716.

Digitized by Google

Si quis in rem communem, quam pro sua habuit, impensas fecit, tunc retentionis tantum jus ei concessum est. Fr. 14 §. 1. fr. 29 pr. D. comm. div. [41])

Quodsi hac actione impensae postulantur, praescriptio triginta annorum locum habet, ex illo tempore, quo obligatus in mora est. Const. 1 §. 1 Cod. de annali exc. (7, 40). Neque vero actioni comm. div. datur locus, si quis contrahentium, vel etiam tertius quis dominium rei communis solus praescriptione acquisiverit. [42])

§. 22.

Actio finium regundorum a proprietario, emphyteuta, superficiario, et ab unoquoque, qui jus reale in fundo habet, non modo ad fines regundos, sed etiam ad ejus quod interest praestationem et ad impensas recuperandas institui atque instrui potest. Fr. 4 §. 9 D. fin. reg. (10, 1) c. 3. X. de praebend. (3, 5) fr. 8 §. 1 D. h. t. (10, 1) fr. 4 §. 1. 2. eod. [43])

Actio familiae herciscundae coheredi tantum et in heredem concessa est et jure civili et jure praetorio. Fr. 2 pr. fr. 24 §. 1 D. fam. herc. (10, 2) fr. 18. fr. 40 eod. Non modo familiae et hereditatis divisionem haec actio spectat, sed etiam impensis in hereditatem factis repetentis inservit; etiam usurae harum impensarum postulari queunt. Fr. 18 §. 3 D. h. t. Const. 18 §. 1 Cod. eod. Heredem vero, qui scit, se esse heredem, animo eo egisse, ut pro hereditate impensas faceret, fr. 49 §. ult. fr. 44 §. 3 D. eod. neque suum modo commodum spectasse oportet. Fr. 18 §. 6. 7. fr. 31. fr. 25 §. 15 fr. 39 D. h. t. fr. 78 §. 2 D. de contr. emt. (18, 1). Const. 3 Cod. de neg. gest. (2, 19). Ob voluptuarias expensas sola doli exceptio admissa est. [44])

Praelegatario quoque haec actio concessa est. Fr. 4 pr. fr. 25 §. 22. fr. 28 D. eod.

---

41) *Cujac.* L. 2 quaest. Pauli ad Ed. ad fr. 29 cit. *Fab.* conj. L. 3 c. 2. *Glück* t. XI. p. 152—166.

42) *Valett* Pand. §. 668 in fin.

43) *Valett* Pand. §. 670.

44) *Valett* loc. cit. §. 1097.

Fideicommissarius heres, fr. 40 eod. impubes arrogatus ob quartam Divi Pii, fr. 2 §. 1 eod. et hereditatis emptor utilem tantum habent hanc actionem. Const. 5 Cod. de her. vel act. vend. (4, 39).

Si convenerint coheredes, ne unquam hereditas dividatur, vel testator tale quid praescripserit, neutrum respicitur. Fr. 70 D. pro socio (17, 2) fr. 14 §. 2 D. comm. div. (10, 3). Const. 5 Cod. eod. (3, 37) fr. 4 pr. D. de cond. inst. (28, 7). Hujus actionis praescriptio est triginta annorum, et incipit in impensis restituendis haec praescriptio a momento, ubi impensae restitui debebant. Const. 1 §. 1 Cod. de ann. exc. (7, 40). Trium, decem, vel viginti annorum praescriptio contra hanc actionem nihil valet.

Digitized by Google

Programm

wodurch

ZUR FEIER DES HOHEN GEBURTSFESTES

Seiner Königlichen Hoheit

unseres Durchlauchtigsten Grossherzogs

LEOPOLD

PARSONS LIBRARY
University of
MICHIGAN

im Namen

des akademischen Senates

die Angehörigen

der

Albert-Ludwigs-Universität

einladet

der Prorector

FR. A. von WORINGEN.

Inhalt: Fragmentarische Betrachtungen über die Einführung der Schwurgerichte.

Freiburg 1848.
Universitäts-Buchdruckerei von Hermann M. Poppen.

Digitized by Google

Digitized by Google

Mit tiefer Bewegung laden wir diesmal die akademischen Genossen zur Feier dieses Tages. Mit tiefer Bewegung: denn wohl zwar wissen wir, dass es nicht anders als in früheren Jahren eine Feier sein wird, von Treue und Liebe getragen. Aber die Zeit hat gewechselt in Sturm und es ist versucht worden die Bande zu zerreissen, welche Fürsten und Völker umschlungen hielten von der Väter Tagen her. Als die Fülle grosser Begebenheiten alle Gemüther zu hohen Freuden stimmte, da zugleich wurde die Entartung gesehen, die Verblendung und die Begierde der Leidenschaften, welche ja niemals den straken Geist der Freiheit zu empfangen vermögen, ohne in taumelndem Rausche ihn wieder zu verleugnen. Zwar ist das Werk der Zerstörung nicht gelungen, zwar ist grösser jetzt die Hoffnung, dass wir den Frieden der wahren Freiheit gewinnen werden, völlig beschwichtigt aber ist nicht die düstere Furcht, und die Feier, die wir nach altem Gebrauch in dem hohen Dome unserer Stadt begehen wollen, wird uns beide, Hoffnung und Furcht, stärker empfinden lassen.

Aber es wird diese Feier nicht enden, ohne unser Vertrauen einer schönen und grossen Zukunft hoch erhoben zu haben. Denn dazu haben wir den festen Grund nicht nur in der eigenen, sondern

Digitized by Google

auch in der übereinstimmenden volksfreundlichen Gesinnung unseres verehrten Fürsten selbst; denn mit Stolz dürfen wir sagen, dass unser edler Grossherzog **Leopold** der Erste von Deutschlands Fürsten — als der grosse Anstoss geschah — seinem Volke die Freiheit gab, die anderswo Gewalt ertrotzte. Darum sind **Ihm** denn auch Treue und Liebe in allen aufrichtig patriotischen Gemüthern ungeschmälert geblieben, und es wird an uns sein, an diesem Tage seines Festes den frei gegebenen Gelöbnissen unser Gelöbniss entgegen zu bringen, fest zu stehen in derselben Treue, dem Gewährer und Schirmer der Volksfreiheit, als die erste Gabe dieser Freiheit, den entschlossenen Muth zu widmen, wenn es Noth thut Ihm selbst Schirm zu sein gegen das Gelüsten der Verblendung wie der maasslosen Selbstsucht.

Digitized by Google

Fragmentarische Betrachtungen

über die

Einführung der Schwurgerichte.

Digitized by Google

Digitized by Google

Fragmentarische Betrachtungen

über die

Einführung der Schwurgerichte.

Die Einführung der Schwurgerichte in Deutschland würde ohne die neuesten Ereignisse das Resultat einer lang genährten wissenschaftlichen Arbeit gewesen sein. Zu wesentlichen Umbildungen war die Gesetzgebung schon veranlasst worden. Nun aber haben die Ereignisse vorgegriffen. Ganz Deutschland wird das Schwurgericht auf einmal, wie einst Frankreich, durch die Revolution erhalten. Es war dies sofort als die Umwälzungen begannen, eine der vier grossen Forderungen, die überall bewilligt wurden. Das Schwurgericht konnte aber nicht auch, wie bewilligt, so eingeführt werden. Da sind verschiedene Muster, sorgfältige Prüfung ist nöthig, Zeit und Volk auch bedingen passende Neugestaltung. Nun haben auch die grösseren politischen Fragen die Aufmerksamkeit gefesselt, die Umgestaltung des Rechtes und der Gerichte ist wieder einstweilen zurückgetreten. Sobald die hohen Güter der Freiheit und Einheit Deutschlands gesichert stehen, wird jedoch die Aufstellung gleichen Rechtes als eine grosse Bürgschaft jener hohen Güter lebhaft verlangt werden. Die Erfüllung der Wünsche wird mit dem Schwurgerichte in Strafsachen begonnen werden.

Ich will versuchen, zu den vorhandenen einige Bausteine hinzu zu tragen. Ich will einige Einzelheiten der Betrachtung unterwerfen, welche vorzüglich Zweifel verursachen, Gegensätze in den Meinungen hervorrufen können.

Digitized by Google

Die Untersuchungen über das Schwurgericht sind schon seit einigen Jahren in Deutschland wieder eifriger geworden. Nach Biener's Anregung wurden die historischen Nachforschungen, wenn nicht abgeschlossen, doch sehr befriedigend weiter geführt. Hier ist Dahlmann vorzüglich zu nennen, dann die durch ihn angeregten Verhandlungen der ersten Germanisten-Versammlung zu Frankfurt. Dort wurde auch ausgesprochen, es sei hohe Zeit die Erörterung der praktischen Frage der Einführung der Schwurgerichte zuzuwenden, und es wurde zu dem Zwecke eine Commission niedergesetzt. Sie hat im folgenden Jahre in Lübeck Bericht erstattet, und es sind diesem Berichte, der vorzüglich eine Vergleichung des Institutes in den verschiedenen Ländern enthält, in welchen es besteht, von Andern noch wichtige Aufschlüsse, freilich auch Angriffe, hinzugefügt worden. Neben diesem Berichte ist ausser den vielen älteren und neueren Schriften vorzüglich die Monographie von Stemann: „die Jury in Strafsachen" als eine getreue Schilderung und treffliche Beurtheilung des Institutes zur Beachtung gekommen, indessen Leue's: „das deutsche Schöffengericht" lebhaften Streit erregt hat. Die Kunde über das englische Schwurgericht, schon von Rintel, dann von Stemann gefördert, ist besonders durch die Mühry'sche Uebersetzung des Stephen'schen Werkes über das englische Strafrecht allgemeiner und genauer geworden. Die Gestaltung des Schwurgerichtes in Nordamerika hat jetzt Tittmann genauer dargelegt. Anderer Arbeiten nicht zu gedenken. So ist das Bauzeug, dessen wir bedürfen, ziemlich geliefert. Auch hat die Gesetzgebung selbst durch Aufnahme der Staatsanwaltschaft und des öffentlichen Schlussverfahrens schon Theile des Schwurgerichts sich angeeignet, wodurch der Fortbau erleichtert wird. In Baden und Baiern aber sind bereits Gesetzesentwürfe ausgearbeitet worden.

Im Allgemeinen wird ohne Zweifel das französische Schwurgericht zum Muster dienen. Denn Deutschland ist in derselben Lage, in welcher Frankreich war zur Zeit seiner ersten Revolution, als das Institut auf einmal eingeführt und von der englischen Einrichtung diejenigen Besonderheiten

Digitized by Google

zurückgelassen wurden, die in England mehr durch die historische Entstehung als durch Zweckmässigkeit gerechtfertigt schienen, z. B. das Prinzip der Privatanklage, das der Einstimmigkeit der zwölf Geschworenen. In Frankreich sind später wieder viele Veränderungen vorgenommen worden. Wir sind besser daran, dass wir diese, so wie eine sechzigjährige französische Praxis und endlich die Erfahrungen anderer Länder, welche vor uns die französische Jury nachgeahmt haben, zur Lehre nehmen können.

Die Fragen, welche mir vorzüglich der Prüfung zu bedürfen scheinen, und die ich daher in diesen Blättern nach meiner Anschauungsweise zu beantworten suchen wollte, betreffen die Ansichten über die Natur des Schwurgerichtes; den Umfang der Competenz desselben; die Einrichtung der Voruntersuchung; die Bedingungen und die Aussprechung der Anklage; die Bildung der Geschwornenlisten; die Einrichtung und Leitung der Assisenverhandlungen, insbesondere die Vollmacht des Präsidenten; den Einfluss der Partheireden und des Resumé; die Fragestellung; die Natur des Verdicts, insbesondere das Verhältniss der That- und Rechtsfrage und das Stimmenverhältniss; endlich die Bedingungen der Appellation und Cassation und die Befugnisse des Cassationshofes.

Der Raum eines akademischen Programmes gestattet mir nur, die vier ersten dieser Fragen zu behandeln. Grössere Ausführung und Ausdehnung auf die übrigen Gegenstände werde ich in kurzer Frist an anderem Orte oder in besonderer Schrift folgen lassen.

I. Die Natur des Schwurgerichtes.

Man hat mit Recht die politische und die rechtliche Bedeutung des Schwurgerichtes stets unterschieden. Selten leugnete man ihm den politischen Charakter, vielleicht um es zu empfehlen Jetzt würde dies überflüssig sein. Aller Strafprozess hat mehr, als andere Theile des Rechts, politische Bedeutung; das Schwurgericht kann nur der Strafprozess eines freien Volkes sein, und darin liegt sein schärfster Gegensatz zum Inquisitionsprozesse, der dies

Digitized by Google

nicht sein kann. Die politischen Umwälzungen bringen uns das Schwurgericht; so geben die Ereignisse den Beweis seiner politischen Bedeutung. Erfuhr doch auch der altdeutsche Anklageprozess in demselben Verhältnisse Veränderungen, als die Herrschermacht stieg und sich endlich zur monarchischen Staatsgewalt erhob. Er wich zuletzt dem Inquisitionsprozesse, der völlig den Antheil des Volkes am Gerichtsverfahren, bis auf jene stummen Beisitzer, von deren Dasein kaum Jemand wusste, ausschloss. In dem monarchischen Staate, wie ihn Deutschland seit dem westphälischen Frieden sich entwickeln sah, ist die frühere lebendige und freie Bewegung des Rechtes im Volke nicht mehr für berechtigt, ja kurzsichtig genug, als gar nicht vorhanden angesehen. Da der Regent der Staat war, so sollte auch alles Recht nur von ihm kommen; so dass selbst dem Gewohnheitsrechte, dessen Gültigkeit nicht geleugnet werden konnte, dieselbe nur aus der stillschweigenden Billigung des Regenten hergeleitet wurde. Die Staatsgewalt konnte folgerichtig auch nur allein das Recht im einzelnen Falle auszusprechen und herzustellen haben. Daher hören das Anklageverfahren in Strafsachen, Oeffentlichkeit und Mündlichkeit auf. Die Staatsgewalt bedarf derselben zu ihrem Zwecke nicht. Oeffentlichkeit und Mündlichkeit sind dem Anklageprozess in seiner wahren Gestalt natürliche Eigenschaften, denn ihre Bedeutung ist die einer Rechnungslegung der Justiz. In dem absoluten Staate hat die Justiz keine öffentliche Rechnung zu legen; sie spricht Recht im Namen des Regenten, sie ist allein sein Organ, er weiset durch sie das Recht, der einzige Schöffe der Nation. Was in dem seinigen, das ist in des Staates Interesse, und dieser hat keines ausser dem seinigen. Es giebt für diesen Zustand keinen mehr vollendeten Strafprozess, als den der Inquisition.

Als der Staat anders wurde, begann sofort Hand in Hand mit den den wirklichen Fortschritten vorauseilenden Ideen, das Bestreben der Wissenschaft, den Strafprozess umzugestalten. Langsam folgten Praxis und Gesetzgebung. Man gedachte zuerst mit verbesserten Auflagen des gewohnten Verfahrens den Forderungen grösserer Bürgschaften der Gerechtigkeit genug

Digitized by Google

zu thun. Es behielt viele Vertheidiger in der Praxis, und zwar aufrichtige; sie hatten es gehandhabt und waren gerecht gewesen. Das zu sein hat es freilich nur erschwert, nicht unmöglich gemacht. Sie haben ihm ihre eigenen guten Eigenschaften beigemessen, aber nicht bedacht, dass es leicht machte ungerecht zu sein, so leicht, dass selbst der gute Richter das Bewusstsein gerecht zu sein haben und doch ungerecht sein konnte. Der Leidenschaftliche aber konnte seinem Gelüste genug thun, die Form des Prozesses stellte ihn sicher. Ebenso den, der ein gefälliges Werkzeug sein wollte. Daher blieben denn auch, trotz der theilweisen Verbesserungen, Rückschritte nicht aus. Beispiele haben wir gesehen, ja noch in neuer Zeit schien es, als möchte man recht gern aus den alten Marterkammern die verrosteten Werkzeuge wieder hervorholen.

Mit neuen Missbräuchen stand in Verbindung, wenn die Angriffe dringender und allgemeiner wurden. Die Wissenschaft war rastlos bemüht, wieder musste die Gesetzgebung folgen. Das Schwurgericht zwar wurde noch abgelehnt, Uebergänge dazu konnten nicht versagt werden. Die öffentliche und mündliche Schlussverhandlung in Baden, Würtemberg und Preussen ist eine Anerkennung, dass dem Volke Rechnung zu legen sei von der Ausübung der Justiz. Die neueste Revolution aber ging schnell darüber hinaus, sie erklärte, das Volk sei der Staat, daher müsse das Volk richten in Schwurgerichten. Die Lex animata ist wieder das Volk, seine Skabinen sind die Weiser des Rechts. Denn der Ausspruch der Schuld über einen Menschen enthält, dass ihm in der Strafe sein Recht geschieht.

In derselben Quelle, in welcher die politische Bedeutung des Schwurgerichtes liegt, ist auch der juristische Vorzug desselben zu suchen. Die politische Bedeutung ist, dass über den Verdächtigen das Volk durch seine Skabinen urtheilt; der juristische Vorzug ist, dass der Beweis unmittelbar aus seiner wahren Quelle geschöpft wird. Ist er nicht zuverlässiger, so ist er doch weniger verantwortlich. Der Beweistheorie des Untersuchungs-Prozesses gegenüber ist insbesondere der Vorzug gross, denn diese ist ein

Digitized by Google

Prokrustesbett, in welches alle Fälle hineingezwängt werden, dagegen in Schwurgerichten wird nach dem Gesetze der Erkenntniss der Wahrheit entschieden, welches jeder einzelne Fall eigenthümlich hat. Der Beweis einer Thatsache kann einmal nicht logisch sein, er kann nur aus thatsachlichen Zusammenhängen geschöpft werden. Das ist das Gebiet der realen Mannigfaltigkeit, deren einzelne Erscheinungen, jede nur für sich selbst, beurtheilt werden können.

Der Beweis einer Begebenheit ist geführt, wenn vernünftiges Urtheil nach Gründen der Erfahrung sich genöthigt sieht, dieselbe als geschehen anzunehmen, wenn es im gewöhnlichen Sinne unvernünftig sein würde, daran zu zweifeln. Der Criminalbeweis ist eine unabweisliche Annahme. Verschiedenheit desselben entsteht durch die Verschiedenheit der Operationen, durch welche man zu der vernünftigen Annahme kömmt. Jedenfalls aber muss das subjective Vermeinen ausgeschlossen sein, der Mensch soll den Menschen nicht verurtheilen. Es handelt sich darum, die Ueberzeugung der objectiven oder gemeinen Vernunft zu gewinnen. Der directe Weg dazu wäre, der Gesammtheit selbst die Sache vorzulegen, dass sie nach ihrer Mehrheit entscheide, wie dies denn auch geschichtlich die erste Form des Beweises ist. Sie wird aufgegeben, wenn die Zustände zusammengesetzter, die Forderungen strenger und feiner werden, wenn das Volk seine öffentliche Thätigkeit verliert. Zwei andere Wege sind denkbar, die zu demselben Ziele führen:

Der eine ist, wenn das Gesetz die Merkmale festsetzt, welche unzweifelhaft der gemeinen Vernunft die Wahrheit erkennbar machen; wenn es nach den von den früheren geschöpften Erfahrungen die Erscheinungen auffasst, welche die künftigen Begebenheiten begleiten werden. Das Geschäft des Richters ist alsdann, die Beweismerkmale des einzelnen Falles mit den vom Gesetz geforderten zu vergleichen; treffen jene zu, so ist der Beweis geführt. So geschieht es im deutschen Inquisitionsprozess. Da die gesetzliche Beweisregel als der Ausspruch darüber angesehen werden muss, unter welchen Bedingungen nach gemeinvernünftigem Urtheile die Wahrheit als hergestellt

Digitized by Google

anzusehen sei, so ist in dieser Theorie eben das Urtheil der gemeinen Vernunft an die Sache gebracht. Der Mangel aber ist, dass das Gesetz die Beweismerkmale nur ein für alle Mal festsetzen kann, für alle künftigen Fälle auf einmal, dass es mithin die besonderen und zufälligen Beweismerkmale des einzelnen Falles entweder gar nicht beachten, oder doch wegen ihrer mannigfaltigen Erscheinungsweise und Verbindung, ihre beweisende Kraft nicht bestimmen kann. Es kann entschiedene Bestimmungen nur über diejenigen Beweismerkmale enthalten, welche so oft sie vorkommen, dieselbe volle Beweiskraft haben. Mit andern Worten: das den Beweis im Voraus bestimmende Gesetz kann sich nicht anmassen, einen nur möglichen Beweis zuzulassen, es muss sich darauf beschränken, nur den gewissen Beweis zuzulassen, weil es sonst einem subjectiven Urtheile vertrauen würde. Diese Wahrheit hat man bei der Controverse über den Indizienbeweis nicht genug in Betracht gezogen, denn sie enthält den Beweis für die absolute Unzulässigkeit desselben im deutschen Untersuchungsprozesse. Nicht das gemeine Recht, wohl aber die Theorie und die Praxis, so weit sie ihr folgte, sind in den angedeuteten grossen Fehler gerathen.

Der zweite Weg ist, wenn der Beweis gilt, welcher nach dem realen Zusammenhang des konkreten Falles, demselben eigenthümlich, nur für diesen Fall Beweis ist. So ist es im Schwurgericht. Hier wendet man sich an die objective oder gemeine Vernunft selbst, so weit dies nach unseren Verhältnissen möglich ist; daher zwar nicht an das Volk, aber an eine Vertretung desselben. Das Volk sendet seine Schöffen nach seinem Vertrauen auf ihre Gerechtigkeit in das Gericht, und sie sollen über Schuld oder Unschuld eines Bürgers das aussprechen, was Alle aussprechen würden, wenn Alle dazu berufen werden könnten. So erfährt man nicht durch eine Nachbildung der Art, wie die gemeine Vernunft nach Erfahrung urtheilt, sondern durch sie unmittelbar selbst, ob der Beweis der Wahrheit angenommen werden müsse. Das ist der grosse Vorzug dieses Verfahrens, und dadurch, dass die Quelle des Beweises, die in allem Strafprozesse die einzige ist, hier unmittelbar

Digitized by Google

für jeden einzelnen Fall angesprochen wird, dadurch wird auch möglich, in weit mehr Fällen einen zulänglichen Beweis zu erhalten, wogegen bisher der Richter in den meisten Fällen in grosser Verlegenheit wegen des Beweises war, und endlich der die gerechte Idee des deutschen Criminalbeweises völlig zerstörende Ausweg ergriffen wurde, mit unvollständigem Beweise nach subjectiven Ueberzeugungen sich zu begnügen.

Ich glaube nicht, dass der Ausspruch der Geschworenen zu irgend einer Zeit einen andern Charakter gehabt habe, als den eines Wahrspruches der gemeinen Vernunft des Volkes. Man behauptet, dass die Jury anfangs, weil sie an die Stelle der Gottesurtheile getreten, als Beweismittel, ihr Ausspruch als Zeugniss aufgefasst worden sei. Es wird dies, so viel ich weiss, nicht einmal bestritten. Allein stets wollte man doch nur die Ueberzeugung der Jury über die Wahrheit des Geschehenen hören, welches sie selbst nicht sinnlich wahrgenommen hatte, und ich weiss nicht wie sie darüber anders als durch einen Wahrspruch, ein Urtheil, sich hätte äussern können. Allerdings wurde sie so gebraucht, wie vorher das Gottesurtheil; aber eben dieses war auch mehr Urtheil als Beweismittel, ein Wahrspruch Gottes selbst oder der angerufenen Heiligen. Es ist nur ein Fortschritt der Aufklärung, dass man statt dessen das Urtheil der Vernunft anrief, dass man die menschliche Einsicht für weise genug dazu erklärte, die Stimme des Volkes für die Stimme Gottes.

Eine andere Ansicht, welche die Vorbildung der Jury in den Eideshelfern erkannte, gab ihr die Bedeutung einer Vertretung des Gewissens des Angeklagten; ein schöner und geistreicher Gedanke, der auf sich beruhen mag. Auch Juristen jedoch hatten die dieser philosophischen Ansicht ähnliche, das Schwurgericht sei ein Paresgericht, in welchem eine Vertretung der Standesverhältnisse oder der Entwickelungsstufe des Angeklagten enthalten wäre, so dass er nach seiner eigenen Empfindungsweise beurtheilt würde. Schon Feuerbach zeigte, wie wenig bei unseren zusammengesetzten Verhältnissen ein Paresgericht überhaupt möglich sei, und wollte man das

Digitized by Google

Schwurgericht diesem Ideale anzunähern suchen, so würde doch stets eine grosse Kluft bleiben zwischen dem Erstrebten und dem Erreichten. In der historischen Entstehung der Jury liegt diese subtile Idee nicht. Wenn früher Gleiche über Gleiche gerichtet haben, so war der Grund die stolze Absonderung der Stände und die Ungleichheit vor dem Gesetz. Die Geschichte kennt das Institut der Jury an und für sich, die Völker hielten fest daran, oder führten es ein seiner praktischen Brauchbarkeit und der Sicherung wegen, welche es der Freiheit gewährt.

In diesem Sinne also erkennen wir das Schwurgericht als ein Volksgericht, und dieser Charakter des Institutes muss bei der Einführung desselben festgehalten nnd bei den erforderlichen Einrichtungen überall in Erwägung gezogen werden.

II. Die Zuständigkeit des Schwurgerichtes.

Wenn das Schwurgericht ein Volksgericht ist, und nach der herrschenden Ueberzeugung durch Geschworene am zuverlässigsten und gerechtesten die Wahrheit enthüllt wird, so könnte folgerichtig kein Verbrechen oder Vergehen ohne Verletzung der Gerechtigkeit diesem Gerichte entzogen werden. Denn der Beweis der Wahrheit ist der Geringfügigkeit einer Sache wegen keine andere oder leichtere Operation, und Gerechtigkeit soll für alle Fälle gleichmässig gesichert sein. Allein nicht das Prinzip allein wird die Gesetzgebung leiten, sondern auch das praktische Bedürfniss und die Erwägung, welche Veränderungen die vorhandenen Zustände einestheils erheischen, anderntheils vertragen. In England zwar wird dem Prinzip in ausgedehntem Sinne genügt. Ohne Zuziehung von Geschworenen werden dort nur wenige geringere Fälle nach der Vorschrift besonderer Parlamentsstatuten in summarischem Verfahren entschieden *). Eine solche Ausdehnung des Schwurgerichtes setzt jedoch eine Theilnahme des Volkes am gemeinen Wesen

*) Stephen übers. von Mühry S. 383 ff.

voraus, wie sie da kaum erwartet werden darf, wo Schwurgerichte neu eingeführt werden, und wo, wie Vieles auch anders werden mag, der Einfluss lang gehegter Gewohnheiten und des dadurch gebildeten Charakters eines Volkes wenigstens in denjenigen Angelegenheiten stark bleiben wird, die nicht zu den wichtigeren gehören, die nicht nothwendig dem neuen Geiste der Zeit gemäss umgestaltet werden müssen. Ich zweifle nicht, dass in Deutschland das Volk selbst die Mitwirkung in allen, auch unbedeutenden Fällen, bald sehr lästig und darin eine übertriebene Anforderung finden würde. Ueberall wo das Schwurgericht nicht historisch erwachsen, wo es eingeführt worden ist, hat man Unterscheidungen gemacht, durch welche die Zuständigkeit der Schwurgerichte eingeschränkt worden ist. Vielfach freilich ist dies zu Gunsten der Regierungsinteressen geschehen. In Frankreich ist in demselben Verhältnisse, in welchem seit der ersten Revolution die Kraft der Regierung wuchs und die Wirkungen der Volksfreiheit beschränkt wurden, auch das Schwurgericht — abgesehen von der Einengung des Verfahrens — beschränkt worden. Es wurden endlich nicht nur Spezialgerichte ohne Jury für diejenigen Fälle eingeführt, in welchen die öffentliche Sicherheit gefährdet erschien oder ein Einfluss der Volksmeinung zu erwarten war, sondern es wurde auch die Zuziehung der Geschworenen nur noch bei peinlichen Verbrechen zugelassen, so dass die Zuchtpolizeigerichte bis zu fünfjähriger Freiheitsstrafe ohne Jury erkennen konnten. Alle schweren politischen Verbrechen fielen ausserdem als solche der haute cour imperiale, in neuerer Zeit dem Pairshofe anheim. Durch die Septembergesetze vom Jahre 1835 wurde ferner der Umfang der politischen Verbrechen noch vermehrt.

Gleiche Erscheinungen begegnen uns in andern Ländern. Die ausgedehnte Competenz der Zuchtpolizeigerichte wurde in den deutschen Gränzländern, welche die französischen Gesetze erhielten, fortwährend beibehalten. In Rheinpreussen sodann wurden die Amtsverbrechen, zuerst der Verwaltungsbeamten, dann auch der Justizbeamten, der Jury entzogen, alle politischen Verbrechen vom Hochverrath bis zur Erregung von Missvergnügen nicht nur

unter das Verfahren, sondern auch unter das Strafrecht des preussischen Landrechts gestellt. In Belgien wie in Genf hat man mit Rücksicht auf die gemachten Erfahrungen die Wirksamkeit der Zuchtpolizeigerichte in verschiedener Art erweitert, z. B. sollen in Genf über jugendliche Verbrecher unter sechszehn Jahren, auch wenn sie Verbrechen begingen, welche mit Todesstrafe oder lebenslänglichem Zuchthause bedroht sind, diese Gerichte entscheiden.

Es würde nicht richtig sein, wenn man in einem Bestreben der Regierungen, die Freiheit oder die öffentliche Thätigkeit des Volkes zu beschränken, die einzige Ursache dieser abändernden Bestimmungen erkennen wollte. Die Sorge für bessere Gerechtigkeit ist denselben nicht fremd gewesen, denn die Erfahrung lehrte, dass die Schwurgerichte von der Macht, den Arm des Gesetzes zu lähmen, besonders durch willkührliche Freisprechungen bei politischen Verbrechen, in einzelnen Fällen allerdings Gebrauch machten. Uns insbesondere darf die Aufregung der Zeit nicht so weit verblenden, dass wir den Kampf der Regierungsgewalt mit der Jury als einen allein im Interesse der sogenannten Reaction geführten betrachten sollten.

Unzweifelhaft wird man bei der Einführung der Schwurgerichte in Deutschland, nach den anderwärts gesammelten Erfahrungen und auf der Grundlage der schon bestehenden Trennung der Verbrechen von den Vergehen, Unterscheidungen machen, und zwar nicht wegen eines Restes der Abneigung gegen die neue Einrichtung, sondern lediglich des praktischen Bedürfnisses wegen. Daher werden insbesondere die politischen Verbrechen dem Schwurgerichte nicht entzogen werden. Unsere freisinnige Regierung ist davon so weit entfernt, dass sie sogar die neue Einrichtung an der gefährlichen Klippe des politischen Verbrechens, vielleicht mit allzugrossem Vertrauen, die erste Probe will bestehen lassen.

Wenn nun die Gesetze Unterscheidungen zu machen, wenn sie eine Gränze der Strafbefugniss des Schwurgerichts zu ziehen haben, so wird dies mit einer gewissen Willkühr geschehen müssen, da eine exacte Bestimmung

Digitized by Google

logisch nicht zu begründen ist. Gleichwohl ist die Bestimmung nicht etwa völlig frei: der allgemeinere Gesichtspunkt nemlich ist, dass das praktische Bedürfniss zwar erwogen werden soll, jedoch nicht ohne dem Prinzip des Schwurgerichtes dabei aufrichtig Rechnung zu tragen. Das Gesetz wird sich vor zu grosser Verletzung des Prinzips hüten müssen, und unter Umständen wird es vorziehen, Leichtigkeit und Bequemlichkeit demselben zum Opfer zu bringen.

Insbesondre sodann soll aus politischen Gründen kein Verbrechen dem Schwurgerichte entzogen werden. Es soll in dem Gesetze nicht davon ausgegangen werden, dass die Regierungsgewalt in diesem Gerichte eine gefährliche Macht zu erkennen habe, gegen welche sie offen oder verdeckt einen fortwährenden Kampf führen müsse. In Zeiten der Spannung mögen die Folgen derselben auch in dem Gebiete der Gerechtigkeitspflege lieber erduldet werden, als dass eine an sich gute Einrichtung so gestört oder gefesselt würde, dass sie auch die guten Zwecke nicht mehr erfüllen könnte, für welche sie errichtet worden ist.

Die Gränzlinie soll ferner allein bestimmt werden nach der Schwere der Verbrechen. Wenn es sich blos um eine leichtere oder schwerere Correction handelt, die, wenn sie überstanden wurde, bald auch vergessen ist, und nicht hindert, dass der Bestrafte in seinen bürgerlichen Beruf wieder eintrete, oder wenn er, im Falle ihm die Gesellschaft das Vertrauen nicht wieder geben sollte, dieses doch mehr durch die niedrige Gesinnung, welche das Verbrechen bekundet hat, als durch die Grösse und Wichtigkeit desselben, und daher durch die Grösse der Strafe verwirkt hat, so mag man das Schwurgericht nicht bemühen. Sobald aber das Verbrechen nach seiner Schwere oder nach seinem Inhalt das allgemeine Interesse einer freien auf die Heilighaltung ihres Rechtes eifersüchtigen Gesellschaft aufregen muss, oder sobald die Strafe so gross ist, dass nach dem herrschenden Gefühle einer solchen Gesellschaft einer ihrer Genossen durch die Auflegung derselben ausgestossen wird, wenn Ehre, Vermögen, Familienglück durch die Strafe tiefere Wunden erhalten, dann soll man das Schwurgericht nicht ausschliessen. Von grossem

Digitized by Google

Gewichte ist hiebei, dass die korrectionellen Gerichte, den Schwurgerichten gleich, ohne Beweisregel erkennen, dass also ein subjectives Urtheil in den dahin gehörigen Fällen für genügend erklärt ist, ein Urtheil, welches in diametralem Gegensatze zu denen des Schwurgerichtes steht.

Ich glaube es bedarf demnach der Behauptung kaum, dass die Strafbefugniss der französischen Zuchtpolizeigerichte nicht gerechtfertigt werden kann. Die Bestimmungen, welche der badische Entwurf beabsichtigt, sind ebensowenig haltbar. Denn es sollen darnach nur die Hofgerichte mit Geschworenen entscheiden; die Strafbefugniss der Bezirksgerichte aber soll dieselbe bleiben, welche ihnen in der Strafprozessordnung angewiesen wird. Diese Strafbefugniss ist nun sogar noch ausgedehnter als jene der französischen Zuchtpolizeigerichte, denn jene können die Strafe dreijährigen Zuchthauses, sechsjährigen Arbeitshauses erkennen. Ich glaube, dass eine so beschränkte Einführung der Schwurgerichte dem Geiste, welcher sie gefordert und erlangt hat, nicht genügen kann. Eine solche Wirkung kann die praktische Erwägung, dass die Schwerfälligkeit der Schwurgerichte ihre Einschränkung gebiete, nicht haben sollen, die Wirkung nicht, dass ihnen Verbrechen entzogen werden dürften, die sicherlich von keinem feinen und gerechten Volke mit Gleichmuth einer ausnahmsweisen Entscheidung durch angestellte Richter, einer subjectiven Entscheidung, überlassen werden können. Die Meinungen werden freilich verschieden sein, ich würde es für gerecht und billig halten, wenn eine mehr als zwei Jahre dauernde Beraubung der Freiheit, jede Zuchthausstrafe aber unbedingt, nur von Schwurgerichten erkannt werden könnte. Auch dann aber sollten die kleineren Gerichte innerhalb ihrer Strafbefugniss nicht anders urtheilen können, als unter Begründung ihrer Urtheile nach den bisherigen Beweisregeln.

III. Die Voruntersuchung.

Die Voruntersuchung wird bei der Einführung der Schwurgerichte in formaler Hinsicht durch die Mitwirkung des Staatsanwaltes, in materialer

Digitized by Google

Hinsicht dadurch eine andere werden, dass nicht mehr nach Beweisregeln entschieden werden wird. Das bisherige deutsche Vorverfahren wird daher auch von der Gesetzgebung einer Prüfung unterworfen und mit neuen Vorschriften versehen werden müssen.

Die englische Voruntersuchung wird dabei weder ganz noch im Einzelnen zum Vorbilde zu nehmen sein. Denn da in England noch der Grundsatz der Privatanklage gilt, so wird dort die Voruntersuchung zu einem Partheienverfahren; der Friedensrichter, vor welchem die Partheien mit ihren Beweismitteln erscheinen, prüft nur das Vorgebrachte und beobachtet das gegenseitige Verhör. Dieser mehr passiven Rolle des Gerichtes würde schon unser Prinzip der absoluten Gerechtigkeit widersprechen, das zwar nicht allgemein anerkannt, dennoch aber die Seele unseres Strafrechtes ist. In England selbst auch ist die Unzulänglichkeit des gewohnten Verfahrens, welches zu dem komischen Widerspruche gehässigen Zwanges gegen den Verletzten zur Erhebung und Fortsetzung des Prozesses geführt hat, längst erkannt worden, und der Grundsatz der öffentlichen Anklage wird an die Stelle desselben treten.

Wir werden demnach die französische Voruntersuchung annehmen. Die Aufnahme einer öffentlichen Anklage durch einen Staatsanwalt, das Zusammenwirken desselben mit dem Untersuchungsrichter in der Voruntersuchung, die Betreibung der Untersuchung durch den Anwalt, das Recht desselben Anträge auf vorzunehmende Prozesshandlungen an den Richter zu stellen, und von dessen Entscheidung, wenn sie dem Antrage nicht entspricht, an das vorgesetzte Gericht zu appelliren, Alles dieses wird in Deutschland keine Gegner finden. Die entweder aus einer zu grossen Harmonie, oder aus der Disharmonie dieser beiden Beamten leicht entstehenden Missbräuche sind nicht hinreichend, die Güte der Einrichtung selbst in Frage zu stellen.

Es wird zu beachten sein, dass die Vorschriften des Code d'instruction crim. dem praktischen Bedürfnisse nicht zulänglich entsprochen haben. Nicht selten bleiben die Hauptverhandlungen ohne genügendes Resultat, oder es wird schwieriger, ein solches zu erlangen, weil die Beweise in der Voruntersuchung

Digitized by Google

nicht sorgfältig genug erhoben wurden, oder weil die Art des Verfahrens die erhobenen Beweise verdächtig machte. Es wird leicht sein, die Fehler des französischen Verfahrens durch Benutzung der bisherigen viel genaueren deutschen Voruntersuchung (wiewohl ihr dieselben Fehler nicht ganz fremd geblieben sind) zu vermeiden, nur kömmt es darauf an, dass nicht die möglichen Vortheile dadurch eingebüsst werden.

Ein grosser Gewinn nemlich, welcher durch die Einführung der Schwurgerichte für die Voruntersuchung entstehen wird, ist der, dass dieselbe in der Regel kürzer sein wird. Der Untersuchungsprozess mit seinen Beweisregeln ist der Prozess der langen Voruntersuchungen. Seine Dauer schon machte ihn ungerecht. Unter beständigem Abwägen der erbrachten Beweismerkmale, bemüht die Mängel derselben zu entfernen (was doch so oft nur scheinbar geschah), mit stets neuen Mitteln und Anstrengungen arbeitete der Inquisitionsrichter den gesetzlichen Forderungen zu entsprechen; er konnte nicht aufhören, so lange möglich schien, das Ziel des Prozesses zu erreichen. Wenn Geschworene entscheiden, wird der Untersuchungsrichter aus den Aussprüchen derselben Erfahrungen sammeln und darnach beurtheilen, wann er für eine gleiche Entscheidung genugsam gesammelt hat. Die Beweisführung ist leichter, er wird also weniger zu thun haben. Es ist das richtige Gleichniss gebraucht worden, dass der Inquisitionsrichter Dem gleiche der jedes einzelne Stück einer Summe wägt und prüft, der französische Instruktionsrichter dagegen Dem der nach dem ungefähren Gewicht die Summe zu schätzen weiss. Hauptsächlich ist die Abkürzung der Untersuchung dadurch bedingt, dass ein Geständniss nicht mehr erforderlich sein wird.

Diese Erleichterung der Beweisführung ist es aber gerade, wodurch dieselbe zugleich gefährdet wird; daher kömmt es, wenn in Frankreich die Voruntersuchung oft oberflächlich geführt wird. Instruktionsrichter und Staatsanwalt gewinnen leicht durch ihr persönliches Eingreiffen und Anschauen der Personen und Thatsachen ihre Ueberzeugung und glauben voreilig, dass die Darlegung der Beweisgründe in den Geschworenen eben so leicht dieselbe

Digitized by Google

Ueberzeugung hervorrufen werde. Allein die Anschauung der Geschworenen geschieht nicht so unmittelbar, sie treten nicht selbstthätig auf, sie empfangen nur. So können ungerechte Freisprechungen erfolgen. Solchen Abirrungen müssen nun die Gesetze vorzubeugen suchen. Ich glaube, dass die neueren deutschen Gesetze, welche die Staatsanwaltschaft und das öffentliche Schlussverfahren eingeführt haben, da sie die feinere deutsche Voruntersuchung im Uebrigen beibehielten, bei den künftigen Schwurgerichten ohne wesentliche Aenderung Anwendung finden können. Wenn ein Gesetz die ganze Energie der deutschen Untersuchung beibehielte, so würde dieselbe in der künftigen Praxis sich doch von selbst leichter gestalten, Oberflächlichkeit aber möglichst verhütet sein.

Ein Anderes ist die oft harte Behandlung während der Voruntersuchung. Wenn dieselbe in Frankreich zwar leichter, als in unserem bisherigen Prozesse, oft leichtsinnig, geführt wurde, so war doch der Angeklagte nicht eben mehr gegen Härte und Mishandlung geschützt, als bei uns. Oft genug, wenn gleich kein so strenger Beweis erforderlich ist, fehlt es doch an dem erforderlichen, und die Voruntersuchung muss auf Geständniss hinarbeiten. Das Mürbemachen durch rücksichtslose Behandlung ist in den französischen Untersuchungsgefängnissen sehr wohl bekannt, und dass bei den öffentlichen Schlussverhandlungen das geschehene Unrecht leichter zu Tage kommt, ist kein hinlänglicher Schutz. Dafür muss gesorgt werden. Besonders wird es nothwendig sein, über die Thätigkeit der Polizei, welcher man den ersten Angriff nicht entziehen kann, und die nach dem französischen Muster in eine besondere Beziehung zur Staatsanwaltschaft zu setzen sein wird, einschränkende Regeln aufzustellen. Eine absolute Sicherstellung gegen die Misbräuche der Polizei so wie der Untersuchungsbeamten ist allerdings eine schwierige Aufgabe, weil leicht die dahin zielenden Vorschriften, wenn sie in dem einen Falle ihren Zweck erreichen, in dem andern doch eine Hemmung werden können, durch welche der Gerechtigkeit die Spitze abgebrochen wird. Dennoch muss diese Sicherstellung erstrebt werden, wäre es auch auf Kosten

Digitized by Google

der **strengen** Gerechtigkeit oder zum Nachtheile der Beweisführung; sie muss erstrebt werden, weil sie eine wesentliche Eigenschaft eines wahrhaft volksthümlichen und honetten Strafprozesses ist. Wenn es bedenklich ist, dem Angeklagten gleich von Anfang an einen Vertheidiger an die Seite zu stellen, und demselben die nothwendigen Befugnisse einzuräumen, so könnte dadurch Alles erreicht werden, dass die volksvertretenden Geschworenen in die Lage gebracht würden eine geeignete Controle über die Voruntersuchung auszuüben. Man könnte aus den Urlisten der Geschworenen ausser den Urtheilsgeschworenen eine gewisse Anzahl erlesen, welche berechtigt so wie verpflichtet würden, zu gewissen Zeiten von den schwebenden Untersuchungen Kunde zu nehmen, insbesondere die Gefängnisse zu besuchen und eine auf die Behandlung streng beschränkte Befragung der Verhafteten zu veranstalten.

IV. Die Anklage.

Die grosse Jury oder das besondere Anklageschwurgericht ist in England aus Einrichtungen hervorgegangen, welche mit der Urtheilsjury ursprünglich keinen Zusammenhang hatten. Sie sind dann jedoch beide zusammen gewachsen und unzertrennlich geworden, und beide werden jetzt gleichmässig als Bürgschaften der bürgerlichen Freiheit angesehen. Auch in Nordamerika (so wie in Portugal) hat die Anklagejury Wurzel fassen können. In Frankreich ist dieselbe im Anfange mit aufgenommen, und dann erst wieder beseitigt worden, als die Regierungsformen sich änderten. In neuester Zeit ist die Wiedereinführung dort in Vorschlag gebracht worden. Ich glaube daher, dass die Frage der gleichzeitigen Einführung der Anklagejury in Deutschland nicht als von vorne herein verneint angesehen werden sollte; insbesondere nicht lediglich wegen — der ungebührlichen Belästigung der Staatsbürger, denn das haben die Ereignisse hervorgebracht, dass die Staatsbürger mit den öffentlichen Dingen mehr als früher belästigt sein wollen, und wenn gleich Klagen über Belästigung bald genug gehört werden mögen — die Klagen, welche über die Einrichtung der Bürgerwehr gehört werden, lassen

Digitized by Google

sie erwarten — so wird doch wohl gethan sein, nicht vorgreiflich aus diesem Grunde die Thätigkeit der Staatsbürger zu beschränken. Ein Anderes ist es, wenn die practische Bedeutung der Anklage durch Geschworene bezweifelt oder geleugnet wird. Hierüber lässt sich sagen, dass die doppelte Entscheidung in derselben Sache durch zwei Schwurgerichte, ohne dass von dem einen an das andere eine Berufung Statt gefunden, keinen rechten Sinn zu haben scheine. Auf den Ausspruch der Anklagejury wird auch kein grosses Gewicht zu legen sein, denn sie wird die Sache leichter nehmen können und darum wirklich leichter nehmen, weil sie die entscheidende Jury noch hinter sich hat und etwaige Zweifel derselben getrost überlassen wird. Auch könnten ihrerseits die urtheilenden Geschworenen in der Ansicht der Anklage-Geschworenen eine Unterstützung für ihren Ausspruch der Schuld finden; es könnte kommen, dass beide Gerichte sich auf einander verliessen, und wenn dies auch nur als möglich gedacht werden darf, ist das Institut der Anklagejury gefährlich.

Das politische Prinzip dieser Jury ist, dass kein Staatsbürger durch die Organe der Regierung aus der Mitte seiner Genossen gewaltsam herausgenommen und vor Gericht gestellt werden soll, ohne dass diese Genossen von der Richtigkeit der Anklage sich überzeugt haben. Das ist ein grosses Prinzip, allein es wird demselben durch die Urtheilsjury schon genug gethan, deren Entscheidung über die Schuld ein noch viel weiter gehendes Recht ist, und wenn, wie in England, Anklagejury und Urtheilsjury in unmittelbarer Folge ihre Entscheidungen geben, so wird nicht einmal eine Abkürzung des Prozesses oder der Untersuchungshaft durch das Auftreten der Anklagejury erreicht.

Demnach allerdings mag man die Aufstellung eines Anklageschwurgerichtes neben urtheilenden Geschworenen als eine unnöthige Zusammensetzung des Prozesses ansehen. Die Einführung des ersteren würde nur dann etwa ernstlich zu erwägen und von grosser Bedeutung sein, wenn die der letzteren nicht bereits gewiss wäre, und die Ereignisse nicht über diesen

freilich neuen Vorschlag hinausgeführt hätten. Dennoch glaube ich, dass derselbe einer näheren Betrachtung nicht unwerth geworden ist:

Man hat nemlich mit Wahrheit gesagt, dass die Einführung der Schwurgerichte eine umfassende Umarbeitung unseres Strafrechtes nöthig machen werde. Dies wird nicht ohne schweres Opfer sein, nicht ohne Opfer unseres Begriffes des Gerechten, denn unser Strafrecht hat durch grosse wissenschaftliche Arbeiten und durch eine Praxis von Jahrhunderten eine feine Vollendung erreicht, als deren Spitze das Prinzip der sogenannten subjectiven Gerechtigkeit erscheinen mag, das Prinzip die Grade der Verschuldung in möglichst entsprechenden Begriffen aufzufassen, der Schuld die gerechteste Strafe geben zu können. Die feinsten Spitzen würden nun gebrochen werden müssen, da die Thatfrage von der Rechtsfrage nicht durchaus gesondert werden kann, wenigstens nicht ohne das Wesen des Schwurgerichtes zu zerstören, und da zu erwarten ist, dass die Geschworenen nicht im Stande sein werden den Forderungen zu entsprechen, welche unser entwickeltes Strafrecht an sie machen würde*). Vermieden würde nun das dem deutschen Rechtsgefühle schwere Opfer durch die Einführung des Anklageschwurgerichtes, und Hinweglassung der entscheidenden Geschworenen. Ein solcher Prozess würde in allen Rücksichten, auf welchen die Forderung der Schwurgerichte beruht, hinlängliches Genüge bieten, denn die Vertreter des Volkes würden die Voruntersuchung unter Aufsicht nehmen und ihnen dafür besondere Rechte zugemessen werden können, sie würden endlich nach erschöpfter Untersuchung und unter genauer Prüfung der Verhandlungen und

*) Dass hierin ein schweres, wohl das schwerste Bedenken liegt, welches gegen die Einführung der Schwurgerichte erhoben werden könnte, ist kaum hinlänglich erwogen, das Bedenken insbesondere nicht durch die Bemerkung (Verhandlungen der Germanisten zu Lübeck S. 90) erledigt, dass die Geschworenen nur über solche Rechtsbegriffe zu urtheilen hätten, welche der Gesetzgeber aus dem Rechtsbewusstsein des Volkes entlehne. Näheres hierüber wird in dem Abschnitte über das Verhältniss der That- und Rechtsfrage zu sagen sein.

Digitized by Google

Beweise in öffentlicher Sitzung die Anklage auf ihren Eid verweigern oder aussprechen, im letzteren Falle dadurch den Angeklagten der Gerechtigkeit überliefern. Hier hätte das Volk die Sicherheit, dass die Untersuchung begründet und nothwendig sei; die Geschworenen würden, da die Entscheidung rechtsgelehrten Richtern zustünde, mit doppelter Genauigkeit die Beweise prüfen; sie würden aber in spitzfindige Rechtsfragen sich nicht weiter einlassen müssen als die Beurtheilung des Verdachtes es erforderlich machte, jedenfalls hätte ihre Prüfung nicht so ängstlich zu sein, ihre Aufgabe würde nur sein dem Rechtsgefühl des Volkes vollkommen genug zu thun. Die Entscheidung müsste in möglichst unmittelbarer Folge von dem Gerichte gefällt werden, und wir würden von unserer Rechtsentwickelung Nichts einbüssen. Zu dem Allem würde aber noch der Gewinn hinzutreten, dass in diesem Prozesse das schöne Recht des Rekurses erhalten bliebe.

V. Die Berufung der Geschworenen.

Wo Schwurgerichte bestehen ist Gebrauch, dass zunächst in den einzelnen Gemeinden oder kleineren Distrikten alle Staatsbürger, welche die gesetzlichen Eigenschaften haben, aufgezeichnet werden. Diese einzelnen Listen werden dann in eine Liste für einen grösseren Bezirk vereinigt. Aus dieser Haupt- oder Urliste, die für gewisse Zeit gültig bleibt, also aus der Gesammtheit der Befähigten, wird alsdann, wenn die Zeit einer Assisensitzung herannaht, eine gewisse Zahl von Geschworenen ausgezogen und auf eine Spezialliste gebracht, aus welcher endlich für jeden einzelnen Fall die erforderlichen zwölf Geschworenen genommen werden. In der Bestimmung der zur Ausübung des Geschworenenamtes nöthigen Eigenschaften aber, in der Bestimmung des Verfahrens bei der Bildung der Listen bis zur Aufstellung der Sitzungsliste sind grosse Verschiedenheiten, auch sind in diesen Beziehungen, besonders in Frankreich und in Ländern, welche die französische Jury angenommen haben, je nach den Veränderungen der politischen Verhältnisse, grosse Wechsel vorgegangen. Es leuchtet ein, dass die Frage

Digitized by Google

Wer zum Amte des Geschworenen berufen werden könne, und nach welchem Modus dann unter den im Allgemeinen Berufenen die engere Auswahl getroffen werden solle, zu den wichtigsten gehört; mit ihr wird über die volksthümliche Bedeutung, über den politischen Einfluss, über das Zutrauen zur Gerechtigkeit der Schwurgerichte, es wird darüber entschieden, ob sie eine Wahrheit sein sollen. Betrachtet man die wechselnden Bestimmungen, die Bemühungen der Gesetze der Regierungsgewalt Einfluss auf die Bildung der Schwurgerichte zu verschaffen, so wird man lebhaft an die Schicksale erinnert, welche zur Zeit des römischen Freistaates das Recht der Iudicia erfuhr, das ein Zankapfel der politischen Partheien war, welche sich die Herrschaft streitig machten und das Recht, die Schuld des Verbrechers auszusprechen, als ein dienliches Mittel der Gewalt erkannten.

Es soll ein Schwurgericht gebildet werden, von welchem möglichst gerechte von allen ausserhalb des Gebietes der Gerechtigkeit liegenden Interessen freie Urtheile erwartet werden dürfen. Schwer wird dies zu erreichen sein, schwer ist es, eine Einrichtung als die unbedingt beste zu erweisen, da hier nicht logische Folgerungen zu ziehen, sondern reale Verhältnisse zu ordnen sind. Daher zwar wird von dem wesentlichen Charakter des Schwurgerichtes auszugehen sein, allein auf das practische Bedürfniss, auf die Leichtigkeit des Misbrauchs, auf die Nothwendigkeit die politischen Parthei-bestrebungen von dem Heiligthume der Gerechtigkeit fern zu halten wird, und zwar zur Reinhaltung des Wesens des Institutes, dasselbe Gewicht zu legen sein.

Das Schwurgericht ist ein Volksgericht. Die gerichtlichen Verhandlungen liegen in der Hand der richterlichen Behörden, welche im Interesse des beleidigten Rechtes vom Staatsanwalt überwacht, durch seine Anträge zur Verfolgung des Verbrechens in Thätigkeit gesetzt werden. Die Geschworenen treten zu diesem Gerichte gleichsam als ein Gegensatz des Staatsanwaltes, wenn auch immerhin dieselben Zwecke theilend, hinzu; sie sollen das Urtheil der gemeinen Vernunft über Schuld oder Unschuld sagen und durch ihren

Digitized by Google

Wahrspruch, der ohne Rechenschaft gleichsam mystischer, unabhängiger Natur ist, alle Einwirkungen persönlicher Neigung oder Abneigung, der Leidenschaft oder Gefälligkeit, wie sie irgend sich eingemischt haben möchten, abschneiden. Wenn nun gleich in der dem altgermanischen Gerichte schon eigenen von Vertrauen gewählten Zwölfzahl so wie in dem Eide eine Sicherheit liegt, dass selbst bei versuchten Einwirkungen, oder wenn der Einzelne die nöthige Freiheit nicht haben sollte, dennoch der gemeinsame Spruch als ächter Wahrspruch angesehen werden dürfe, so muss gleichwohl das Verfahren zur Aufstellung des Schwurgerichtes mit äusserster Sorgfalt Männer zu gewinnen suchen, welche einerseits ausserhalb alles Einflusses der Regierungsgewalt, andererseits erhaben gedacht werden können über die vana vox populi. Sie müssen Männer des Volkes sein, allein es muss ihnen vertraut werden können, dass sie dem Rechte das Geringste zu vergeben nicht im Stande seien, wohl aber im Stande seien, ehe sie urtheilen, ihre Empfindungen von der Leidenschaftlichkeit, welche die Masse bewegt, zu reinigen. Mit dieser moralischen Fähigkeit soll der Geschworene die des Verstandes verbinden, verwickelte Begebenheiten und die inneren Beziehungen derselben aufzufassen, er bedarf der Erfahrung und scharfen Einsicht in das bunte Treiben des Lebens, in das Spiel der Leidenschaften und Verirrungen des Menschen. Er soll diese Eigenschaften insgesammt in Unbefangenheit anwenden, damit er wirklich des Volkes Stimme zu erkennen gebe, das Urtheil der gemeinen Vernünftigkeit. Es sollen aber ihrer Zwölf sein, als eine Nachahmung der Menge des Volkes, und weil die Vernunft Eines allein die gemeine Vernunft nicht vorstellen kann.

Weil also das Schwurgericht ein Volksgericht ist, weil aber nur die geläuterte Stimme des Volkes dadurch laut werden soll, gerade deswegen kann nicht Jeder aus dem Volke Geschworener sein. Nicht das Loos kann aus der bunten Masse die Männer heraus würfeln sollen, denen eine so grosse Aufgabe gestellt wird, sie müssen gewählt werden. Frei aber von allen Einflüssen muss diese Wahl geschehen, frei ebenso nach beiden Seiten,

Digitized by Google

zumal, wenn den Geschworenen auch die politischen Prozesse anvertraut werden, denn wie falsch es sein mag, Regierung und Volk als eine zu allen Zeiten in Strebungen und Zwecken getheilte Zweiheit anzusehen, und wie wahr es sein mag, dass oft eben diese Voraussetzung die erste Ursache ist, diese Zweiheit hervorzurufen, so wird gleichwohl bei jeder Verfassung, vielleicht am meisten bei republikanischer, in politischen Prozessen die Verfolgung das vorwiegende Interesse der Organe der Gewalt sein, so wie gegenüber die Leidenschaftlichkeit der Masse sich der Vertheidigung zuneigt, und die Verurtheilung als ein Allen zugefügtes Unrecht zu empfinden gern bereit ist.

Von solchen Betrachtungen sind die zwei Entwürfe zur Einrichtung der Schwurgerichte, welche für Baiern und Baden bereits erschienen sind, auch ausgegangen. Die Motive zum §. 4 des badischen Entwurfs verlangen von dem Geschworenen Charakterfestigkeit und leidenschaftlose Unpartheilichkeit, welche nicht durch vorgefasste Ansichten, durch Hass oder Vorliebe beirrt werden, so wie eine nicht durch gelehrte Studien, sondern durch Anschauung des Lebens gewonnene Erfahrung und Geistesgewandtheit; die Motive des baierischen Entwurfs sagen, dass es nothwendig sei, den Einfluss von Regierungsansichten den Schwurgerichten fern zu halten.

Hiernach ist nun das Verfahren zur Bildung der Geschworenenlisten zu prüfen:

1) Die Bildung der Urliste. Die Urliste enthält die sämmtlichen zum Amte des Geschworenen befähigten Staatsbürger; bei der Zusammenstellung derselben ist nur darauf zu sehen, dass kein Befähigter zurück gelassen, kein Unbefähigter eingeschoben werde. Dies wird erreicht, wenn in den einzelnen Gemeinden die Urliste öffentlich ausgelegt und zu Reklamationen aufgefordert wird. Die Frage ist nun aber, wie weit die allgemeine Befähigung ausgedehnt werden solle? Hiebei zunächst begegnen sich die Forderungen aus dem Wesen des Schwurgerichts als eines Volksgerichtes, und diejenigen, welche aus dem Bedürfnisse moralischer Garantieen hervorgehen. Ich glaube jedoch, dass man das Gewicht der Frage zu hoch

Digitized by Google

angeschlagen hat, denn selbst wenn man die allgemeine Befähigung sehr einschränken wollte, würde man doch voraussetzen müssen, dass die nothwendigen moralischen und Charakter-Eigenschaften nicht bei allen Berufenen zu finden sein werden, und dass es daher hauptsächlich auf die aus der Urliste zu bildende engere Liste ankomme. Man hat indessen geglaubt, es sei nöthig schon die allgemeine Befähigung so einzuschränken, dass die jedenfalls zum Berufe des Geschworenen nicht geeigneten Leute von vorne herein ausgeschlossen blieben, das heisst, die dazu nicht genug Gebildeten, und so hat man die Zulässigkeit zur Urliste daran geknüpft, dass der zu Berufende eine Steuer von gewisser Höhe bezahle, also ein gewisses Vermögen besitze. Wird so, enger oder weiter, die allgemeine Befähigung bestimmt, so muss dann eine besondere Bestimmung hinzutreten durch welche gewisse Personen ausnahmsweise für fähig erklärt werden, ohne Rücksicht auf Vermögen, andere aber ausnahmsweise für unfähig. So geschieht es in den §§. 4 bis 6 des badischen Entwurfs, nach welchen die Grundlage der Urliste diejenigen Staatsbürger bilden, welche bei einem Alter von wenigstens 30 Jahren, an directen Staatssteuern wenigstens 20 Gulden bezahlen, in Städten von mehr als 3000 Einwohnern jedoch 30, und in den vier grössten Städten des Landes 45 Gulden. Unter Ziffer 1 und 2 des §. 4 werden dann diejenigen insbesondere berufen erklärt, welche jedenfalls befähigt gedacht werden (die sog. Capazitäten), und in §. 5 und 6 werden diejenigen ausgeschlossen, die unter keinen Umständen Geschworene sein können.

Diese besonderen Kategorieen, obgleich die Bestimmung derselben eben so wichtig sein mag, hier zurücklassend, beschränke ich mich auf einige Bedenken gegen die Annahme eines Census, insbesondere da ein hoher ohnedies keine Vertheidiger finden wird, eines geringen Census, wie ihn die Entwürfe für Baden und Baiern angenommen haben. Ein hoher Census würde wenigstens den Zweck mit einiger Sicherheit erreichen lassen, das Schwurgericht nur solchen Männern zugänglich zu machen, bei welchen sich eine sorgfältigere Erziehung voraussetzen lässt; allein ein hoher Census ist

Digitized by Google

nach den herrschenden Ideen nicht mehr möglich, und mit Recht nicht, weil er dem Schwurgerichte den Charakter eines Volksgerichtes entzieht. So war es in Frankreich, wo nur die Höchstbesteuerten Geschworene werden konnten, die Reichen haben dort über die Armen zu Gericht gesessen, bei Verbrechen gegen das Eigenthum wurde es mit dem Beweise auffallend leicht genommen, sie wurden also strenger verfolgt; andere dagegen, zumal die Verbrechen der feineren Stände, waren die Geschworenen milder zu beurtheilen geneigt. Es kann also nur die Frage sein, ob ein niedriger Census anzunehmen sei? Ich gestehe, keinen rechten Grund dafür zu wissen, wohl aber Einiges dagegen;

Erziehung und Bildung mögen im Allgemeinen wohl im Verhältnisse zum Vermögen stehen; allein sie sind sehr ungleich und mannigfaltig, nur eine gute Erziehung aber kann die Eigenschaften verbürgen, welche zum Geschworenen tüchtig machen. Gerade bei halben Mitteln findet sich leicht jene halbe einseitige Bildung der weniger als der schlichten Einfalt des natürlichen Verstandes und Herzens vertraut werden kann. Bei politischen Prozessen, die man bei der Betrachtung des Schwurgerichtes immer im Auge behalten muss, da sie in mancher Hinsicht eine Klippe für dasselbe sind, wird die Halbbildung oft geradezu ohne Scheu ungerecht sein wollen; ungebildete Geschworene werden darin nur ungerecht sein, wenn sie von der Halbbildung aufgehetzt sind, doch würden sie immer noch gerecht zu sein vermeinen. Bei grossen Mitteln sodann hat man zwar die äussere Erscheinung der Bildung, aber oft genug ohne inneren Gehalt; Charakterfestigkeit, Lebenserfahrung und Geistesgewandtheit sind Gaben oder Errungenschaften die durch Reichthum eben so oft gefährdet als gewonnen und befestigt werden. Deswegen sollen allerdings nicht etwa Reichthum und Halbbildung ausgeschlossen, oder die Aufnahme derselben in die Urliste bedingt werden; vielmehr kann man wohl behaupten, dass unbeschadet der Güte und Gerechtigkeit des Urtheiles der Gesammtheit der Geschworenen, in diesen die Mannigfaltigkeit der menschlichen Erscheinung repräsentirt sein dürfe; allein eben deswegen

Digitized by Google

soll auch der ob auch ohne Sorgfalt erzogene natürliche Verstand, es soll die schlichte Einfalt nicht fehlen, die mit manchem Andern, welches sie nicht gelernt hat, auch nicht gelernt hat unaufrichtig zu sein.

Müsste aber auch zugegeben werden, dass nach den gemachten Erfahrungen Erziehung und Bildung nothwendig seien, und dass sie in der Regel dem Vermögen entsprechen, dass es aber auf das Regelmässige ankomme, so darf wieder gezweifelt werden, ob ein sehr niedriger Census den Zweck werde erreichen lassen? In Belgien hatte man das französische System, später aber ist es verworfen und eine Zeit lang ein nur geringer Census angenommen worden. In Folge davon erschienen auch die Speziallisten, welche dort durch Loos aus den Urlisten gezogen werden, sehr gemischt und die Rekusationen, welche in der Regel weniger durch die Angeklagten selbst als nach den Erfahrungen der Vertheidiger geschehen, waren nun hauptsächlich gegen die gebildete Klasse gerichtet, wodurch es häufig gelang Schwurgerichte zu erhalten, welche dem auf den Bildungsgrad berechneten Vertheidigerpathos unterlagen. Man sah sich genöthigt, den Census wieder zu erhöhen. Lässt sich dies nicht nachahmen und genügt ein geringer Census nicht, so wird man besser gar keinen zur Bedingung machen. Den Folgen eines niedrig gegriffenen Census durch die Bildung der Speziallisten abzuhelfen ist man ohnedies genöthigt; kann dadurch geholfen werden, so ist die Bestimmung eines Census unpraktisch und um so lieber aufzugeben, als ihr der Schein der Unvolksthümlichkeit beigelegt zu werden pflegt.

Ferner noch ist zu bedenken, dass der Besitz gar leicht wechselt. Wenn ein Census festgesetzt wird, kann der Wohlerzogene und innerlich Befähigte durch äussere Umstände seinen Platz auf der Liste einbüssen, während der Ungebildete, den Zufall reicher macht, denselben einnimmt. Zwar dies sind Einzelheiten, wenn jedoch das Schwurgericht ein wahres Volksgericht sein soll, so muss Werth darauf gelegt werden, dass wirklich alle Fähigen auf der Liste erscheinen.

Digitized by Google

Es ist endlich zu beachten, dass wenn ein Census bestimmt wird, durch die Art des Vermögens, von welchem die Steuer bezahlt wird, eine Ungleichheit in der Zulassung zum Schwurgerichte möglich wird, welche mit dem Wesen desselben nicht in Einklang gedacht werden kann. Es kann auch sein und wird gar oft sein, dass hinter der directen Steuer von gewissem Betrage keineswegs das Vermögen wirklich vorhanden ist, welches sie voraussetzt, und das Misverhältniss kann aus mannigfachen Gründen, die rathsam machen mögen, die Steuer nicht vermindern zu lassen, lange Zeit bestehen und wohl der Art sein, auf Erziehung und Bildung im Innern der Familie nachtheilig zu wirken. Sicherer ist daher das englische (auch das griechische) System, wenn es nicht von dem Steuersatze ausgeht, sondern von dem reellen Einkommen oder Vermögen, so dass Geschworener werden kann wer 10 Pfund aus Grundbesitz einnimmt, oder 20 Pfund aus für lange Zeit (wenigstens für 21 Jahre) gepachtetem Land, oder wer ein der Armentaxe unterworfenes Haus besitzt, oder wer ein Haus von wenigstens 15 Fenstern bewohnt. Der praktische Werth dieser Bestimmungen ist einleuchtend. Die Festsetzung eines Steuersatzes wird bei uns erst alsdann — wenn man an der Forderung eines Census fest hält — den Zweck vollkommen erreichen, wenn die vorgeschlagene Einkommensteuer, die nur unverschuldetes Vermögen trifft, angenommen und dann bei Berechnung des Census ausschlieslich beachtet wird.

Der badische Entwurf will den Census für die Bewohner der Städte höher ansetzen und noch wieder grosse und kleine Städte unterscheiden. Es soll dadurch bewirkt werden, dass die Landbewohner, bei welchen grösseres Vermögen seltner ist, in der Vertretung in den Schwurgerichten nicht benachtheiligt werden. Indem aber so nach einem besonderen Prinzip verordnet wird, erscheint jenes verletzt, nach welchem auf sorgfältige Erziehung vorzüglich geachtet werden soll, und die Bürger der Städte werden ihrerseits benachtheiligt; denn der Theil derselben, welcher zwar ebensoviel oder mehr als die zu den Schwurgerichten berufenen Landbewohner, jedoch unter

Digitized by Google

30 Gulden an Steuern bezahlt, und voraussetzlich Jenen an Fähigkeit nicht nachsteht, wird lediglich dadurch ausgeschlossen, dass er seinen Wohnsitz in der Stadt hat. Schon das regere Leben der Stadt aber erzieht die Bewohner, wenn gleich nicht unter Bürgschaften für die Eigenschaften des Charakters und des Herzens, auf dem Lande dagegen wird eine sorgfältige Erziehung selbst bei grösserem Vermögen selten gesucht. Die Unterscheidung widerspricht daher dem Wesen des Schwurgerichtes, ohne durch praktisches Bedürfniss gefordert zu sein, man müsste denn einen spezifischen Unterschied zwischen Stadt- und Landbewohnern annehmen und zweckmässig finden, wenn in jedem Schwurgerichte die beiden Gegensätze ungefähr gleichmässig vertreten werden. Nach dem bairischen Entwurf wird ohne Unterscheidung eine directe Steuer von 20 Gulden vorausgesetzt.

In Nordamerika kann Geschworener werden wer Bürger ist und Steuern bezahlt, einerlei ob viel oder wenig. Vorbehaltlich guter Vorschriften über die Bildung der Speziallisten wird dieses System den Vorzug verdienen.

2) Die Zusammensetzung der Spezialliste entscheidet über Erfüllung oder Verfehlung des wahren Zweckes der Schwurgerichte, denn diese Liste ist es, aus welcher die Einzeljury durch Loos gewonnen wird. Sollte die Bildung der Urliste noch so sehr unter Einfluss besonderer Interessen geschehen, diese aber bei der der Spezialliste ausgeschlossen bleiben, so würde immer noch ein den richtigen Forderungen mehr entsprechendes Schwurgericht hervorgehen, als wenn bei volksthümlichster Ausdehnung der Urliste die Spezialliste unter Einwirkung besonderer Absichten angefertigt würde.

Weder das englische noch das französische System entspricht in dieser Hinsicht den richtigen Forderungen. In England sind es die Aeltesten und Armenaufseher in jeder Gemeinde, welche die sämmtlichen Befähigten in die ersten Listen eintragen, diese Listen werden öffentlich ausgelegt und bei erhobenen Einwendungen durch die Friedensrichter verbessert. Die zusammen getragenen Urlisten gelten dann für ein Jahr. Nun wird aber die Spezialliste ohne Repräsentation der Volksstimme gebildet, so dass die aktive Theilnahme

Digitized by Google

des Volkes an der Zusammensetzung der Schwurgerichte lediglich in den Reklamationen gegen die Urlisten besteht. Es ist der Sheriff, welcher ohne gesetzliche Beschränkung seines Ermessens so viele Namen aus der Urliste zieht, als für die jedesmaligen Quartalassisen erfordert werden. Der Sheriff ist der vom Könige aus den Meistbegüterten ernannte erste Verwaltungsbeamte (Friedensbewahrer) der Grafschaft. Die Liste des Sheriffs erhält das Gericht, und dieses wieder kann einzelne Namen streichen, andere dafür aus der Urliste einschieben. So kann von Seiten der Verwaltung wie der Justiz ein besonderer Einfluss ausgeübt werden, und nur darin liegt einige Sicherheit, dass bei der Bildung der Speziallisten für die verschiedenen Quartalsitzungen desselben Jahres ein Turnus beobachtet und so die Last auf die Gesammtheit der Befähigten vertheilt wird. Die Sitzungsliste für den einzelnen Fall wird endlich bei dem Beginne der Assisen gesetzlich durch Loos gebildet, nach der gewöhnlichen Praxis abgekürzt nach der Aufeinanderfolge der Namen. Das Hauptgeschäft ist demnach in der Hand der Regierung und kann im Sinne herrschender Tendenzen ausgeübt werden, wodurch dann der liberale Umfang der allgemeinen Fähigkeit zum Geschworenenamte seine Bedeutung verliert. Jüngst noch gab der grossartige Prozess gegen Daniel O'Connel den Beweis, dass es an der Benutzung dieses Einflusses nicht fehlt.

In Nordamerika ist das System dasselbe; allein diesen Republikanern gegenüber, die zwar den ganzen Stolz und die Eifersucht der Freiheit aber zur Zeit nicht die Kultur haben, ohne welche die Tugend derselben nicht sein kann, ist an Regierungseinfluss zwar kaum zu denken, dagegen ist jener der vana vox populi in voller Blüthe, und man darf vielleicht sagen, dass das amerikanische Schwurgericht dadurch das schlechteste ist, welches existirt. Die Gerechtigkeit ist ihm nicht sicher. Die Geschworenen, welche in Nordamerika sich bestreben wollten in festem und edlem Sinne rücksichtslos gerecht zu sein, würden sich der Lynchjustiz des Volkes aussetzen; sie hüten sich daher wohl zu unrechter Stunde gerecht zu sein. Die sorgfältigste Beschränkung der Urliste auch würde gegen diese Zustände keine Hülfe gewähren.

Digitized by Google

Schlechter als in England und Nordamerika ist in Frankreich das System der Bildung der Spezialliste. Anfangs war es sehr volksthümlich, ja allzu volksthümlich und auch schon mit dem Fehler behaftet, dass es die politische Wählerschaft mit der Fähigkeit Geschworener zu sein verband, eine Vermischung, die in England mit Recht stets fremd geblieben ist. Aus der Districtsliste, welche alle Fähigen enthielt, wählte der Procureur syndic (Verwaltungsbeamter zwar, jedoch damals von den Bürgern gewählt) die nöthige Anzahl für die Spezialliste, nämlich 200 Namen; von diesen konnte der Angeklagte 20 rekusiren, worauf die Zwölfzahl für die Verhandlung durch Loos gezogen wurde; auch hier wieder konnten zehn der Ausgelosten rekusirt werden. In dieser Gestalt konnte das Schwurgericht zur Zeit der Revolution furchtbar misbraucht werden, zumal mit dem politischen Wahlrechte, das Recht Geschworener zu werden, sich auf alle volljährigen Bürger erstreckte. Das entfesselte Volk ermordete in der Form von Schwurgerichten seine wirklichen und vermeintlichen Feinde. Durch den Code vom 3. Brum. des Jahres IV. (25. Oktober 1795) wurde die Willkühr zuerst gezügelt, die Beschränkung aber fortschreitend über das Maass ausgedehnt. Alles war umgewendet sobald die politische Wahlfähigkeit beschränkt wurde, und damit gleichmässig die damit in Verbindung bleibende Fähigkeit zum Geschworenenamte, und sobald unter Napoleons beginnender Macht die Verwaltungsbeamten wieder von der Regierung ernannt wurden. Nach dem genannten Gesetze kommen von 1500 Einwohnern drei, wenn der Bezirk 2400 Einwohner enthält, sechs Befähigte auf die Urliste; der Präfekt liest die Hälfte davon aus und übergibt die so verkleinerte Liste an das Gericht. Damit hatte die Regierung die Wahl in der Hand, überdies wurden die schon gedachten Spezialgerichte ohne Jury eingeführt, und die Devotion auch ging bald so weit, dass in eingeholten Gutachten 34 Gerichte für die Aufhebung der Jury sich aussprachen, nur 22 für die Beibehaltung. Der Code d'instruction crim. hat im Wesentlichen Nichts geändert; er beruft die Mitglieder der beschränkten politischen Wahlkollegien, und einige besondere Kategorieen, nemlich die

Digitized by Google

300 Höchstbesteuerten des Departements, die Verwaltungsbeamten, welche 4000 Fr. Gehalt beziehen, die Doctoren der vier Fakultäten, Banquiers, Kaufleute u. s. w. Aus dieser Gesammtheit erwählt der Präfekt sechzig, der Assisenpräsident reduzirt diese Spezialliste auf 36, und das Loos bestimmt von diesen die Sitzungsgeschworenen, wobei sowohl der Staatsanwalt als der Angeklagte Jeder 12 rekusiren können. Dies das in Frankreich noch geltende System, welches auch in der preussischen Rheinprovinz sich erhielt, nur dass dort die Regierungspräsidenten die Spezialliste machen, dass dieselbe öffentlich bekannt gemacht wird, und dass die Auslosung der Sitzungsliste vor dem Publikum geschieht, nicht wie in Frankreich in dem Berathungszimmer des Gerichtshofes.

Auch in Belgien hat das anfänglich volksthümliche System später eingeschränkt werden müssen. Es war dort die Habilität ebenfalls durch den politischen Wahlcensus bedingt, dieser aber war gering, und da nun die Bildung der Spezialliste mit Uebertreibung der richtigen Grundsätze lediglich dem Loose anvertraut war, so hatte man Unfähige auf der Bank der Geschworenen. Der Census wurde nun auf eine Steuer von 110 Franken erhöht, und die Bildung der Liste dem sog. Provinzialrathe anvertraut.

In Rheinbaiern ist die Berufung zum Geschworenenamte mit der Wahlmannschaft (der von den Urwählern gewählten politischen Vertreterschaft) verbunden; der Census steht auf 40 Gulden; die Verwaltungsbehörde kann ausgeschlossene Personen ausnahmsweise vorschlagen, durch Entscheidung des Ministerii werden sie für zulässig erklärt. Ein sehr unvollkommenes System.

Man sieht, dass die Regierungen überall sich einen entschiedenen Einfluss auf die Bildung der Jurylisten zu sichern gesucht haben. Man mochte davon ausgehen, dass die Regierung Mittel haben müsse, den Misbrauch zu verhüten, der von einem unbeschränkten Volksgerichte mit Gewissheit erwartet werden darf. Allein sollte diese Erwartung nicht gedient haben, eine Benutzung des Schwurgerichtes im Sinne der Regierungen möglich zu machen,

Digitized by Google

eine Benutzung mithin, die ebenfalls neben der der Gerechtigkeit zu gebenden Genugthuung liegt? Man sage nicht, es sei unwürdig die Behörden, blos weil sie Behörden sind, von besonderen Anschauungen und Tendenzen abhängig zu denken. Der Unbefangene weiss in dieser Beziehung Uebertreibung und Wahrheit nach reichlich gemachten Erfahrungen zu sondern und überdies handelt es sich um die Ausschliessung möglicher Misbräuche, jedoch allerdings um die Ausschliessung möglicher Misbräuche nach allen Seiten. Darum soll die Verwaltungsbehörde auf keinen Fall die Spezialliste nach eigenem Ermessen anzufertigen haben; den Gerichten soll es auch nicht zustehen, denn frei von gleichen Anschauungen mit den Verwaltungsbehörden kann man sie nicht erklären, insbesondere sind die Gründe, welche nicht zulassen, dass rechtsgelehrte Richter gleich Geschworenen nach Gewissensüberzeugung urtheilen, auch dagegen, wenn gleich nicht in gleicher Nähe, ihnen die Auswahl der Geschworenen anzuvertrauen. Auch endlich ist die sehr richtige Bemerkung den Motiven des baierischen Entwurfs zu entlehnen, dass die Justizbeamten, weil sie weniger mit den Persönlichkeiten bekannt sind, sich bei ihrem Geschäfte von den Administrativbeamten Rath holen würden.

Andererseits muss auch für entschieden gelten, dass die Spezialliste nicht durch Loos aus der Urliste gezogen werden kann. Die Urliste enthält Alle, bei welchen das Minimum der Habilität vorhanden ist, zur wirklichen Thätigkeit sollen aber vorzugsweise diejenigen gebracht werden, welche das Maximum besitzen. Die Erfolge des belgischen Systems der Auslosung aus den Urlisten beweisen die praktische Bedeutung dieser Wahrheit.

Durch Wahl also soll die Spezialliste gebildet werden, aber die Wahl soll kein Vorrecht der Regierung oder ihrer Beamten sein. So scheint nur übrig zu bleiben, entweder ein reines Wahlsystem aufzustellen, so dass etwa die einzelnen Gemeinden, unabhängig jedenfalls von den politischen Wahlen, diejenigen Männer erwählten, welche frei aus den Urlisten die Spezialliste zu bilden hätten, ein System, in welchem man Gefahr des Misbrauchs der

Digitized by Google

Volksjustiz finden wird; oder ein gemischtes System in der Art zu versuchen, dass Beamte, Administrativ- oder Justizbeamte, in Verbindung mit Ortsvorständen und Vertrauen verdienenden Bürgern — die Beamten etwa nur als Leiter oder selbst nur als Veranstalter der Verhandlung — diesem Geschäfte sich unterzögen. Hier begegnen wir den beiden genannten Entwürfen; es wird Interesse haben sie zu prüfen und mit dem ähnlichen Genfer Systeme zu vergleichen.

In Genf wurde die Jury im Jahre 1844 wieder eingeführt. Es kann Geschworener sein, wer in den sog. grossen Rath wählbar ist. Der grosse Rath wird vom Volke gewählt im Verhältnisse von Einem zu 333 Einwohnern eines Arrondissements. Staatsbürgerthum und Alter von 25 Jahren machen wählbar. Gewisse Kategorieen sind ausgeschlossen, so Staatsräthe, Justizbeamte, Geistliche, Bankerottirer u. s. w. Die Wahllisten für die Wahlen in den grossen Rath werden nun als Geschworenenlisten benutzt, so dass aus einer Liste drei Listen von gleicher Namenzahl gebildet werden. Diese drei Listen gelten für drei Jahre, jede für eines. Eine vom grossen Rath in der Art gewählte Commission, dass in derselben jeder Wahlbezirk vertreten ist, wählt alsdann aus der für das laufende Jahr bestimmten Juryliste (Urliste) 300 Namen aus in eine engere Liste. Sowohl gegen die Zusammensetzung der Commission als die engere Liste (Specialliste) können Einwendungen erhoben werden; in dem ersteren Falle entscheidet der grosse Rath über dieselben, in dem letzteren die Commission. Die berichtigte Liste wird veröffentlicht und gelangt durch den Staatsrath an das Gericht, welches daraus 40 Namen für die Sitzungsliste ausloset. Diese erhält der Angeklagte drei Tage vor der Sitzung, und wenn bei dem Beginne derselben wieder durch Loos die Zwölfzahl gebildet wird, haben Angeklagter und Staatsanwalt freies Rekusationsrecht.

Es lässt sich Nichts dagegen sagen, dass die Wahllisten für den grossen Rath als Jurylisten benutzt werden, obgleich der grosse Rath rein politischer Natur ist; denn die Listen enthalten die über 25 Jahre alten Staatsbürger

Digitized by Google

insgesammt. Dagegen ist fehlerhaft, dass die Spezialliste durch eine von dem grossen Rathe gewählte Commission gebildet wird, da hierdurch der grosse Rath bestimmend auf die Zusammensetzung der Schwurgerichte einwirken kann. Er ist allerdings keine von der Regierung abhängige Behörde, da er auf breitester Basis gewählt wird (es wählt Jeder der über 21 Jahre alt ist), allein eben deswegen und durch seine Aufgabe ist er rein politisches Institut, denn diese ist keine geringere als die: vorgeschlagene Gesetze zu prüfen und zu sanctioniren, die Beamten zu ernennen, die Abgaben zu bestimmen. Die Mehrzahl in dem grossen Rathe zu erhalten ist daher das Bestreben der in dem kleinen Staate sich stets reibenden politischen Partheien. Offenbar ist also die Jury in Gefahr, das Werkzeug der herrsehenden politischen Meinung zu werden, und bei politischen Prozessen wird dies insbesondere zum Vorscheine kommen. Für starken Schutz gegen möglichen Misbrauch hat aber das Gesetz allerdings gesorgt; er liegt einmal darin, dass die Urliste in drei gleiche Theile für drei Jahre getheilt wird, so dass die Geschworenen des ersten Jahres in den folgenden nicht berufen werden können; ferner noch mehr darin, dass in der Commission alle Wahlbezirke vertreten sein müssen. Dies ist wichtig, weil die politischen Gegensätze gewöhnlich nicht überall gleich gemischt, vielmehr in den einzelnen Bezirken verschiedene Meinungen die vorherrschenden sein werden. Endlich liegt ein Schutz in der Zulässigkeit von Einwendungen sowohl gegen die Zusammensetzung der Commission als der Spezialliste, wodurch Partheilichkeit abgehalten wird, auffallend hervorzutreten. In ruhiger Zeit mag daher dieses volksthümliche System allen Anforderungen wohl genügen.

Eine ähnliche Einrichtung ist in Baiern möglich durch das Bestehen der sog. Landräthe, sie wird es in Baden werden durch die neue Organisation der Bezirksverwaltung. Ob die Verbindung der Geschworenenwahl damit gut sein würde, ist jedoch zu bezweifeln. Die Landräthe in Baiern gehen aus Volkswahl hervor und sind eine Art Controle der Verwaltung der Kreise, doch in ihren Berechtigungen mit dem Genfer grossen Rath nicht zu vergleichen;

Digitized by Google

sie haben überhaupt wenig zu bedeuten, ein Umstand der sie zur Betheiligung an der Bildung der Schwurgerichte nur tauglicher machen kann. Nach dem baierischen Entwurf werden nun die alle Befähigten umfassenden Urlisten von den Gemeindevorständen angefertigt und 14 Tage lang öffentlich ausgelegt. Ueber Einsprachen entscheidet der Magistrat, und in zweiter Stelle, wenn gegen die Entscheidung Beschwerde erhoben wird, die nächste Administrativstelle. Hier ist Nichts zu erinnern, zumal wenn, wie jüngst bei der Discussion des Gesetzes entschieden wurde, öffentlich über die Beschwerden verhandelt wird, denn es können hier nur die ganz bestimmten gesetzlichen Bedingungen bei einzelnen Personen in Frage kommen, nicht ihre moralischen Eigenschaften, nicht ihre politischen Meinungen. Es ist überhaupt das Gesetz, welches die Urliste macht. Die berichtigten Urlisten gehen an den Vorstand des Polizeibezirks, dieser beruft vier Vorstände der bedeutendsten Gemeinden und fünf von den Wahlmännern, welche bei der letzten Parlamentswahl die meisten Stimmen erhalten haben, und dieses Collegium soll aus der Urliste unter Berücksichtigung der Einsicht und Ehrenhaftigkeit eine Specialliste bilden im Verhältnisse von Einem zu 500 Einwohnern des Bezirks, in Städten von Einem zu 250. Hier ist die Einmischung des Polizeibeamten und nicht minder die der Wahlmänner verwerflich, obgleich es diejenigen sind die das Vertrauen des Volkes haben, und obgleich die so entstehende Liste noch sehr umfangreich ist. Denn die Wahlmänner sind aus dem Kampfe der politischen Partheien hervorgegangen, sie sind in Folge ihrer Meinungen und der Bekundungen derselben Wahlmänner geworden, und leicht konnte dem Fähigen, der über Staat und Recht gediegen urtheilt, der heftige Vielredner vorgezogen werden. Ein solcher würde ein schlechter Wähler für das Schwurgericht sein. Dies ist aber nur der erste Anstoss, welcher der Bildung desselben begegnen kann, denn die so entstandenen Bezirkslisten sollen nun an den Präsidenten der Kreisregierung gelangen, der sie zur Kreisliste zusammenstellt, in diese jedoch bis zum zehnten Theile der Gewählten Personen aus der Urliste noch zusetzen kann. So ganz, wie die

Digitized by Google

Motive behaupten, ist daher die Möglichkeit eines Einflusses der Regierungsansichten nicht ausgeschlossen. Bedenkt man freilich, dass durch die Zuziehung der politischen Wahlmänner auf die Bildung der Bezirkslisten die gerade herrschenden politischen Volksansichten wirken konnten, so wird man in der Befugniss des Regierungspräsidenten ein gerechtes Gegengewicht vertheidigen und es bescheiden finden, dass er nicht auch eine Anzahl der Gewählten streichen darf. Die eine Gefahr besondere Ansichten wirksam zu machen, bedingt die andere. Endlich erhält nun der Landrath die Liste und macht daraus, indem er sie auf die Hälfte reduzirt, die eigentliche Spezialliste; es dürfen nicht unter 600 Namen sein und die Gegenden sollen berücksichtigt werden. Kann der Landrath ganz unabhängig nach allen Seiten gedacht werden, so liegt in diesem Verfahren eine grosse Bürgschaft, sie wird dadurch vermehrt, dass aus diesen 600 Namen die Sitzungsgeschworenen durch Loos gewonnen werden. Bedenken erregt nur die grosse Zahl, sie ist so gross, dass die vorhergehende dreifache Auswahl, mag sie noch so aufmerksam geschehen, das Vorhandensein der moralischen Eigenschaften bei Allen kaum garantiren kann. Sind widerstreitende Absichten bei der Auswahl leitend gewesen, so wird es noch weniger fehlen, dass durch das Loos häufig Unfähige, möglicher Weise gar in Mehrzahl in die Assisen gelangen. Wie dem aber sein mag, man wird diesem baierischen Gesetze den Vorzug geben müssen vor allen bisherigen Versuchen im Auslande die schwierige Frage der Bildung der Juryliste zu lösen. Das ist der günstige Erfolg davon, dass edle Unpartheilichkeit und der entschiedene Wille einmal gerecht und nichts als gerecht zu sein als die Mittel erkannt worden sind, in dieser wie in andern Sachen glücklich durch den Sturm zu gelangen. Die Fehler des Entwurfs beruhen nicht auf besonderen Absichten, sie sind nur Misgriffe.

Gelungener ist der badische Entwurf in dem Punkte, dass in demselben die Befähigung zum Amte des Geschworenen mit den eigentlich politischen Wahlen in keinerlei Verbindung gebracht ist, das Fehlerhafte einer solchen Verbindung ist schon berührt worden, es ist aber nöthig, da es sich um

Digitized by Google

Einführung der Schwurgerichte in allen deutschen Landen handelt, nachdrücklich und genauer darauf hinzuweisen, da dieselbe unglückliche Verbindung sich in dem bisherigen Gesetze unserer Nachbarn findet, deren Einrichtungen die deutschen Gesetzgeber zunächst ins Auge fassen. Man mag dann auch die Erfahrung in diesen Ländern, Frankreich, Belgien, Rheinbaiern befragen. Das französische System wenigstens, welches die Geschworenen in den bisher so sehr beschränkten politischen Wahlkollegien sucht, ist längst verurtheilt. Ueberhaupt aber ist der zureichende Grund gegen die Verbindung, dass die politischen Wahlen das Streitgebiet der Partheien sind, dass diese aber desto weniger fehlen, und desto weniger in Ruhe sind, je freier die Verfassung ist. In Zeiten der Spannung wird unvermeidlich die Bildung der Schwurgerichte in dieses Streitgebiet gezogen werden, in der Form von Schwurgerichten werden die Partheien einander verurtheilen. Es wird dies ohnehin nicht ganz vermieden werden können, so soll denn wenigstens das Gesetz keine Anweisung dazu ertheilen.

Nach dem badischen Entwurf soll die Urliste aller Befähigten in jeder Gemeinde von dem Bürgermeister angefertigt und öffentlich ausgelegt werden. Beschwerden soll jeder Ortseinwohner dagegen erheben können, der Gemeinderath darüber entscheiden; der Rekurs gegen diese Entscheidung soll, jedoch ohne aufschiebende Wirkung, an das Amtsgericht gehen. Der Amtsrichter, der dem baierischen Polizeivorstand jedenfalls vorzuziehen ist, hat auch die berichtigten Listen in eine Ur- oder Bezirksliste zusammen zu stellen. Er soll dann eine Anzahl (das Minimum derselben hätte bestimmt werden müssen) der im Bezirke am meisten bekannten Bürger, darunter wenigstens vier Bürgermeister, versammeln und diese Körperschaft soll aus der Urliste die Spezialliste heraus ziehen, so dass auf je 500 Einwohner des Bezirks ein Geschworener erlesen wird; bei einem Ueberschuss von 250 oder mehr Einwohnern soll ein Geschworener mehr genommen werden.

Es ist gewiss das richtige Prinzip, dass es Bürger sein sollen, welchen die Fertigung der Spezialliste anvertraut wird, auch lässt sich nicht gerade

Digitized by Google

bedenklich finden, dass sie unter Vorsitz des Amtsrichters berathen sollen. Sie mögen da auf der Hut sein, wenn ein Einfluss in besonderem Interesse versucht werden sollte. Der Amtsrichter wird im Grunde nur die Anordnung des Geschäftes haben, wenn die Bürger von der Wichtigkeit ihrer Aufgabe durchdrungen sind; unumgänglich muss auch die Einleitung einer Behörde übertragen sein, und die richterliche Behörde, welche die Sache näher angeht und welche nur in dem Gesetz ihre Weisung zu suchen gewohnt ist, wird der abhängigeren Verwaltungsbehörde nur vorgezogen werden können.

Ohne starke Bedenken kann aber der Entwurf doch nicht gelassen werden. Sie liegen darin, dass der Amtsrichter die Bürger frei wählen kann, dass nicht einmal deren Zahl im Verhältnisse zur Zahl der Gemeinden und zu deren Bevölkerung vorgeschrieben ist, dass endlich nothwendig vier Bürgermeister des Bezirks dabei sein sollen. Diese Befugniss des Amtsrichters überliefert allerdings das Schicksal der Spezialliste allzu sehr seinem Gutdünken. Es ist bekannt, dass die Wahlen der Gemeindevorstände Gegenstand lebhafter politischer Partheikämpfe sind; der Amtsrichter kann nun vier Bürgermeister aus vier Gemeinden wählen, die in ihrer, bei den Wahlen entscheidenden Mehrzahl zu den sog. loyalen gehören, er kann bei der Wahl der Bürger vielleicht andere Gemeinden bedenken, die Bürger jedoch dort aus der Minderzahl nehmen; hat der Amtsrichter selbst eine andere Gesinnung, so kann er ebenso die Bildung der Spezialliste der anderen Parthei in die Hände spielen. Nicht nur also ist das Mögliche nicht gethan, ungeeignete Einflüsse abzuwehren, sondern sie sind leicht gemacht. Das kann nur das Vertrauen zum Schwurgerichte schwächen, welches doch die Vorstellung, dass ihm vertraut werden könne, allein zu uns gebracht hat.

Es ist wahr, dass eine allen Anforderungen genügende Bildung der Spezialliste Schwierigkeiten hat; die Motive zum bad. Entwurf (§. 4) halten es schon in Betreff der Urliste für eine Unmöglichkeit, das Musterbild einer vollkommenen Geschworenenliste zu erreichen. Noch mehr muss dies von der Spezialliste gelten. Je weniger es aber möglich ist, die Urliste voll-

Digitized by Google

kommen zu machen, desto sorgfältiger muss durch die spätere Auswahl den Folgen der bunten Zusammensetzung der ersteren vorgebeugt werden können. Mit dieser nothwendigen Sorgfalt hat man Unpartheilichkeit zu verbinden, also im Gesetze die Wirkung der Partheilichkeit möglichst abzuschneiden. Man sollte doch meinen, dass beiden Rücksichten besser als es in dem Entwurf geschehen ist, Genüge gethan werden könnte.

Die Einleitung des Prozesses, die Verfolgung und Untersuchung, die Anklage und die Leitung der Verhandlungen, Alles ist in der Hand der Obrigkeit. Die Geschworenen treten dieser ganzen Thätigkeit gegenüber auf, eine Prüfung derselben zu üben, durch ihren Ausspruch Versagung oder Bestätigung zu geben. Sie sollten daher so unabhängig als möglich von dem Einflusse derselben oder anderer Obrigkeiten aus dem Volke hervortreten. Lediglich die Bewerkstelligung des Verfahrens, durch welches das Schwurgericht aus der Menge aller Befähigten gewonnen wird, sollte den Behörden zustehen, nicht die Leitung, denn diese giebt Einfluss. Sind die Partheien dabei in Bewegung, so sollen Beamte nicht die eine derselben vertreten, sie sollen nicht in der Lage sein es thun zu können; denn die Partheien sind im Volke, und es kann nur darauf ankommen sie unbefangen beide zur Wirkung zu bringen, wenn sie nicht selbst darauf verzichten. Beide zur Wirkung zu bringen, weil es sich hier um Gerechtigkeit handelt, auf diese aber jede Parthei, ob sie grösser oder kleiner sei, völlig gleichen Anspruch hat.

Es scheint unumgänglich, dass die Gemeinden befugt werden, in freier Wahl die Wahlmänner aufzustellen, welche zusammentretend die Specialliste aus der von dem Beamten (dem Amtsrichter) ihnen vorzulegenden Urliste zu bilden haben. Vielleicht könnte man es dabei lassen, wiewohl wahrscheinlich ein solches Wahlsystem absichtlich vermieden worden ist. Der baierische Entwurf weiset es zurück, weil zu fürchten sei, dass es einen rein politischen Charakter annehmen werde. Davon mag auch der badische ausgegangen sein, der aber dann in den entgegengesetzten Fehler gerieth, denn so stehen

Digitized by Google

einmal die Dinge, dass wenn bei der Wahl des Volkes Misbrauch aus politischer Leidenschaftlichkeit zu fürchten ist, dann auch von dem Einflusse der Beamten Misbrauch zu politischen Zwecken gefürchtet werden kann; oder auch von beiden Seiten das Eine wie das Andere. Lässt sich aber nicht annehmen, damit jene Furcht sich vermindere, dass wenn die Wahl jener Männer, welche die Geschworenen bezeichnen sollen, als eine völlig selbstständige hingestellt wird, wenn Nichts im Gesetze an den möglichen Einfluss der politischen Partheien und ihrer Wahlumtriebe erinnert, dann auch die Gemeinden diese Männer nicht unter dem Einflusse ihres politischen Eifers, zum mindesten mit weniger politischem Eifer wählen werden? Dass sie die Erhabenheit des Rechtes über dem Partheitreiben bei ihrem Geschäfte fühlen werden? Sie wissen doch, dass es sich hier nicht um die Durchbringung politischer Maassregeln handelt, sondern um Wahrheit und Recht. Darum vielleicht könnte man es bei der freien Volkswahl lassen.

Aber ich bin entfernt zu behaupten, dass die Furcht vor Misbrauch gar nicht begründet sei, ich wollte nur zeigen, dass man zu der Gerechtigkeit des Volkes mehr Vertrauen haben könne, als jene Furcht zuzugeben scheint. Fehlerhaft würde also das System allerdings noch sein, ja wenn politische Verbrechen zu entscheiden sind, würde mit Recht das Vertrauen in entschiedenes Mistrauen sich umkehren, diese Verbrechen mögen gegen Regierung oder Volk gerichtet gewesen sein. Sollten aber nicht die Geschworenen in der angegebenen Art aus dem Volke hervorgehen und gleichwohl für eine gute Auswahl die erforderliche Bürgschaft gewonnen werden können? sollte es nicht dadurch geschehen können, dass — wie schon gesagt wurde — beide Partheien zur Wirkung gebracht werden, ohne doch dass das Gesetz sie in ihrer Eigenschaft politischer Partheien dazu beriefe? Es mag der Beamte, der die Urlisten zusammenstellt, sich mit Bürgern seiner Wahl umgeben, für welche passend ein gereifteres Alter vorgeschrieben würde. Da deren nicht so viele sein können als aus den Gemeindewahlen hervorgehen, so können sie jedoch nicht mit diesen vermischt werden. Sie mögen entweder

Digitized by Google

für sich dasselbe Geschäft verrichten, so dass nur die beiderseits gewählten Namen auf die Spezialliste gelangen, oder da hiebei die Vereinigung schwer werden, die Lästigkeit des Geschäftes zu Concessionen führen könnte, so mögen sie unter Vorsitz des Amtsrichters gegen die Präsentationen der Wahlmänner bis zu einer gewissen Zahl ein Veto erhalten. So würden sich zwei einander beaufsichtigende Wählerschaften, beide des Volkes, gegenüber stehen, sie würden unter gegenseitiger Aufsicht lebhafter fühlen, dass es sich um die Niederhaltung der politischen Empfindsamkeit handelt, und so würde eine Liste entstehen, aus welcher man mit Beruhigung die Geschworenen durch Loos bestimmen könnte, welche zu den Quartalsitzungen einzuladen sind. Dort hat dann eine weitere Namenziehung die Sitzungsgeschworenen zu bestimmen unter Ausübung freier Rekusationsrechte.

Es würde dies ein umständliches und mehr Personen belästigendes Verfahren sein. Jedoch wird die so entstandene Spezialliste für längere Zeit gültig bleiben. Auch handelt es sich um ein hohes Gut, um die Reinerhaltung der Gerechtigkeit, und es will freien Bürgern geziemen die Lasten bereitwillig zu übernehmen, welche die Einrichtungen der Freiheit verlangen.

Ich schliesse dieses Programm mit einem kurzen Berichte über das neue einfache System der Bildung der Schwurgerichte, welches in den jüngsten Tagen die französische Nationalversammlung angenommen hat *):

Nach dem von dem Minister Cremieux vorgelegten Entwurfe sollen, entsprechend der republikanischen Verfassung, alle Bürger, so wie sie das Recht haben Wähler zu sein, auch zu Geschworenen berufen werden können. Ausgeschlossen sind nur gewisse Incapacitäten, so Alle, die weder lesen noch schreiben können, die durch Lohndienst Unselbständigen, nicht gerecht-

*) Der fast beendigte Druck des Programmes erlaubte mir nicht diese neuen Einrichtungen an den geeigneten Stellen in Vergleichung zu ziehen.

Digitized by Google

fertigte Bankerottirer und solche, die zu gewissen Strafen verurtheilt worden. Das Comité für Rechtspflege und Gesetzgebung hielt jedoch diesen Entwurf nicht für zulänglich, es fand das Prinzip richtig, aber nicht ausführbar, weil für das Geschworenenamt mehr Bürgschaften verlangt werden müssen, als für die politische Wählerschaft, weil man bei den Männern, welche über Freiheit, Ehre und Leben ihrer Mitbürger zu urtheilen berufen werden, der erforderlichen Einsicht und Moralität sicher sein müsse. Das Comité, dessen verbesserten Entwurf die Nationalversammlung genehmigt hat, ging daher auf ein Prinzip der bisher geltenden Gesetze zurück, und legte mit richtigem Urtheile das ganze Gewicht darauf, dass in gewissen Schranken aus der Gesammtheit der Berufenen durch Wahl die wahrhaft Fähigen auf eine Spezialliste gebracht werden. Die Forderung eines Census ist demnach definitif aufgegeben, alle französischen Bürger, die wenigstens dreissig Jahre alt und nicht ausdrücklich (nach der Bestimmung des ersten Entwurfs) ausgeschlossen sind, sollen auf eine Urliste gebracht werden, aus welcher dann eine Jahresliste durch Auswahl gebildet wird. Aus dieser Jahresliste endlich werden die Sitzungslisten durch Loos gezogen. Die Jahres- oder Spezialliste wird nach Cantonen so gebildet, dass auf je 200 Einwohner ein Geschworener kömmt; es sollen jedoch nicht über 1500 Namen für ein Departement darauf sein, für das Departement der Seine nicht über 3000. Dem Loose ist mithin ein weiter Spielraum gelassen, mehr als ein doppelt so weiter wie nach den Entwürfen für Baiern und Baden, welche auf je 500 Einwohner einen Geschworenen wählen lassen. Bei der Hauptfrage, wie die Jahresliste zu bilden sei, war nun aber das Comité nicht einig, denn Einige wollten eine directe Wahl, Andere vorsichtiger eine Auswahl durch eine Spezialcommission, und dies Letztere ist von der Nationalversammlung angenommen worden. Die Commission bildet sich aus einem Mitgliede des Cantonalrathes, dem Friedensrichter und Mitgliedern des Municipalrathes, welche von diesem dazu delegirt werden; in Paris für jedes Arrondissement

Digitized by Google

aus drei Mitgliedern des Municipalrathes, dem Maire und einigen Beigeordneten und dem Friedensrichter. Man sieht, wie ähnlich dieses Gesetz unseren deutschen Entwürfen ist, diese sind volksthümlicher noch, wenn sie neben den Gemeindebeamten eine Anzahl Bürger in die Commission berufen; doch wird dies durch den grösseren Umfang der französischen Jahresliste, den dadurch für die Auslosung grösseren Spielraum ausgeglichen. Den Vorzug wird man jedoch dem deutschen Gesetze geben. Das französische hat dem Wesen des Schwurgerichtes dadurch Rechnung getragen, dass es alle Bürger beruft, und dadurch, dass es die Loosentscheidung sehr ausdehnt; das deutsche Gesetz dagegen dadurch, dass es zwar eine beschränktere Spezialliste aufstellt (in Baiern soll sie nur wenigstens 600 Namen enthalten) dieselbe jedoch in mehr volksthümlicher Weise zu Stande bringt; ist die Beschränkung der Liste weniger volksthümlich, so bietet sie dagegen mehr Garantieen; man kann mit ziemlicher Sicherheit voraussagen, dass die französische Jahresliste ihren Umfang nicht lange behalten wird. Das deutsche Gesetz aber könnte neben seiner Art die Spezialliste zu bilden, den Census als Bedingung der allgemeinen Befähigung viel eher entbehren, als das französische.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google